

المغنى

لمؤلف الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسى الجماعىلى الدمشقى الصالحى الحنبلى
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور
عبد القناح محمد راحلو

الدكتور
عبد بن عبد المحسن الترمكى

الجزء التاسع

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغنى

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م
الطبعة الثانية
١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م
الطبعة الثالثة
١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م
مصححة ، منقحة



دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض

رَوَى أَبُو دَاوُدَ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الْعِلْمُ ثَلَاثَةٌ ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ فَضْلٌ ؛ آيَةٌ مُحْكَمَةٌ ، وَسُنَّةٌ قَائِمَةٌ ، وَفَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ »^(١) . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ ، وَعَلِّمُوهُ ، فَإِنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ ، وَهُوَ يَنْسَى ، وَهُوَ أَوَّلُ شَيْءٍ يَنْتَزِعُ مِنْ أُمَّتِي » . أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٢) . وَيُرَوَّى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ ، وَعَلِّمُوهَا النَّاسَ ، فَإِنِّي أَمْرٌ مَقْبُوضٌ ، وَإِنَّ الْعِلْمَ سَيُقْبَضُ ، حَتَّى يَخْتَلِفَ الرَّجُلَانِ فِي الْفَرِيضَةِ ، فَلَا يَجِدَانِ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا »^(٣) . وَرَوَى سَعِيدٌ^(٤) ، عَنْ جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ ، عَنْ الْأَعْمَشِ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ قَالَ : قَالَ عُمَرُ^(٥) (بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) : « تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ ؛ فَإِنَّهَا مِنْ دِينِكُمْ . وَعَنْ جَرِيرِ ، عَنْ عَاصِمِ الْأَحْوَلِ ، عَنْ مُورِقِ

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١٠٧ / ٢ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب اجتناب الرأي والقياس ، من المقدمة . سنن ابن ماجه ١ / ٢١ . والبيهقي ، في : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٨ . والحاكم ، في : باب العلم ثلاثة آية محكمة ... ، من كتاب الفرائض . المستدرک ٤ / ٣٣٢ .

(٢) في : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٠٨ . كما أخرجه الترمذی بنحوه ، في : باب ما جاء في تعليم الفرائض ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذی ٨ / ٢٤١ . والبيهقي ، في : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٩ . (٣) أخرجه الدارمی ، في : باب الاقتداء بالعلماء ، من المقدمة . سنن الدارمی ١ / ٧٢ ، ٧٣ . والبيهقي ، في : باب الحث على تعليم الفرائض ، من أبواب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٨ . والدارقطني ، في : باب كتاب الفرائض . سنن الدارقطني ٤ / ٨١ ، ٨٢ . والحاكم ، في : باب تعلموا الفرائض وعلموه الناس ... ، من كتاب الفرائض . المستدرک ٤ / ٣٣٣ .

(٤) في : باب الحث على تعليم الفرائض . سنن سعيد بن منصور ١ / ٢٨ . كما أخرجه الدارمی ، في : باب في تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمی ٢ / ٣٤١ . والبيهقي ، في : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٩ . (٥-٥) سقط من : الأصل .

العَجَلِيّ ، قال : قال عمرُ بنُ الخطَّابِ ، رضى الله عنه : تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ ، وَاللَّحْنَ ، وَالسَّنَةَ ، كَمَا تَعَلَّمُونَ الْقُرْآنَ^(٦) . وقال : حَدَّثَنَا أَبُو الْأَخْوَصِ ، أَخْبَرَنَا أَبُو إِسْحَاقَ ، عَنْ أَبِي الْأَخْوَصِ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ : مَنْ تَعَلَّمَ الْقُرْآنَ فَلْيَتَعَلَّمِ الْفَرَائِضَ .

وَرَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : جَاءَتْ امْرَأَةٌ سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِابْنَتَيْهَا مِنْ سَعْدٍ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَاتَانِ ابْنَتَا سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ ، قُتِلَ أَبُوهُمَا مَعَكَ فِي أُحُدٍ شَهِيدًا ، وَإِنَّ عَمَّهُمَا أَخَذَ مَالَهُمَا ، وَلَا يَنْكِحَانِ إِلَّا وَلَهُمَا مَالٌ . قَالَ : فَنَزَلَتْ آيَةُ الْمِيرَاثِ ، فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عَمَّهُمَا ، فَقَالَ : « أُعْطِ ابْنَتَى سَعْدِ الثَّلَثَيْنِ ، وَأَمَّهُمَا الثَّمَنَ ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ » . رَوَاهُ أَحْمَدُ ، فِي « مُسْنَدِهِ »^(٧) .

٩٩٤ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَلَا يَرِثُ أُمُّ ، وَلَا أُخْتُ / لِأَبٍ وَأُمٍّ أَوْ لِأَبٍ ، مَعَ ابْنٍ ، وَلَا مَعَ ابْنِ ابْنِهِ وَإِنْ سَقَلَ ، وَلَا مَعَ أَبٍ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ، بِحَمْدِ اللَّهِ ، وَذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ الْمُثَنِّدِ ، وَغَيْرُهُ . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ﴾^(٨) . وَالْمُرَادُ بِذَلِكَ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ الْأَبِ ، بِإِخْلَافٍ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ وَلِأَنَّهُ قَالَ : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ﴾ . وَهَذَا حُكْمُ الْعَصْبَةِ ، فَاقْتَضَتْ الْآيَةُ أَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ مَعَ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ؛ لِأَنَّ الْكَلَالَةَ مَنْ لَا وَلَدَ لَهُ وَلَا وَلَدَ ، خَرَجَ مِنْ ذَلِكَ الْبَنَاتُ ، وَالْأُمُّ ؛

(٦) أخرجه الدارمي ، في : باب في تعلم الفرائض ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٤١ . والبيهقي ، في : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٩ . وسعيد بن منصور ، في : باب الحث على تعليم الفرائض ، من ترجمة الباب . السنن ١ / ٢٥ .

(٧) المسند ٣ / ٣٥٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في ميراث البنات ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤٢ ، ٢٤٣ . وابن ماجه ، في : باب فرائض الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٠٨ ، ٩٠٩ .

(٨) سورة النساء ١٧٦ .

لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى مِيرَاثِهِمْ مَعَهُمَا ، بَقِيَ مَا عَدَاهُمَا عَلَى ظَاهِرِهِ ، فَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، ذَكَرَهُمْ وَأُنْثَاهُمْ بِثَلَاثَةٍ ؛ بِالْأَبْنِ ، وَابْنِ الْأَبْنِ وَإِنْ سَقَلَ ، وَبِالْأَبِ . وَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأَبِ بِهَوْلَاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَبِالْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالَّذَيْنِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ^(١) ، وَلَأَنَّ أَعْيَانَ بَنِي الْأُمِّ يَتَوَارَثُونَ ذُونَ بَنِي الْعَلَاتِ ، يَرِثُ الرَّجُلُ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمَّهُ ذُونَ أَخِيهِ لِأَبِيهِ . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢) .

٩٩٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَرِثُ أَخٌ وَلَا أُخْتُ لِأُمٍّ ، مَعَ وَلَدٍ ، ذَكَرًا كَانَ الْوَلَدُ أَوْ أُنْثَى ، وَلَا مَعَ وَلَدِ الْأَبْنِ ، وَلَا مَعَ أَبِي ، وَلَا مَعَ جَدٍّ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ وَلَدَ الْأُمِّ ، ذَكَرَهُمْ وَأُنْثَاهُمْ ، يَسْقُطُونَ بِأَرْبَعَةٍ ؛ بِالْوَلَدِ ، وَوَلَدِ الْأَبْنِ ، وَالْأَبِ ، وَالْجَدِّ أَبِي الْأَبِ وَإِنْ عَلَا ، أَجْمَعَ عَلَى هَذَا أَهْلُ الْعِلْمِ ، فَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا مِنْهُمْ خَالَفَ هَذَا ، إِلَّا رَوَايَةً شَدَّدَتْ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي أَبَوَيْنِ ، وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ ، لِلْأُمِّ الثَّلْثُ ، وَلِلْأَخَوَيْنِ الثَّلْثُ . وَقِيلَ عَنْهُ : لِهَاتِلَتِ الْبَاقِي . وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا . فَإِنَّ^(٣) ابْنَ عَبَّاسٍ يُسْقِطُ الْإِخْوَةَ كُلَّهُمْ بِالْجَدِّ ، فَكَيْفَ يُورِثُ وَلَدَ الْأُمِّ مَعَ الْأَبِ ! وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي أَنَّ وَلَدَ الْأُمِّ يَسْقُطُونَ بِالْجَدِّ ، فَكَيْفَ يَرِثُونَ مَعَ الْأَبِ ! وَالْأَصْلُ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ / فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلْثِ ﴾^(٤) . وَالْمُرَادُ بِهَذِهِ الْآيَةِ الْأَخُ وَالْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ ، بِاجْتِمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَفِي قِرَاءَةِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ : « وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ مِنْ أُمٍّ » ، وَالْكَلَالَةُ فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ : مَنْ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ ، وَلَا وَالِدٌ ، فَشَرَطَ فِي تَوْرِيثِهِمْ عَدَمَ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ، وَالْوَلَدُ يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، وَالْوَالِدُ يَشْمَلُ

٨٢/٦ ط

(٢) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٩٠ .

(٣) في : باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤٧ .

(١) في م : « قال » .

(٢) سورة النساء ١٢ .

فصل : اختلف أهل العلم في الكَلَالَةِ ، فقيل : الكَلَالَةُ اسْمٌ لِلْوَرَثَةِ ، مَا عَدَا الْوَالِدَيْنِ ، وَالْمَوْلُودَيْنِ . نَصُّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا . وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِّيقِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : الْكَلَالَةُ مَنْ عَدَا الْوَلَدَ وَالْوَالِدَ^(٣) . وَاحْتَجَّ مَنْ ذَهَبَ إِلَى هَذَا بِقَوْلِ الْفَرَزْدَقِ فِي بَنِي أُمَيَّةَ^(٤) :

وَرِثْتُمْ قَنَآةَ الْمَجْدِ لَا عَنْ كَلَالَةٍ عَنْ ابْنَيْ مَنَافٍ عَبْدِ شَمْسٍ وَهَاشِمٍ
وَاشْتِقَاقُهُ مِنَ الْإِكْلِيلِ الَّذِي يُحِيطُ بِالرَّأْسِ ، وَلَا يَعْلُو عَلَيْهِ ، فَكَأَنَّ الْوَرَثَةَ مَا عَدَا
الْوَلَدَ وَالْوَالِدَ قَدْ أَحَاطُوا بِالْمَيِّتِ مِنْ حَوْلِهِ ، لَا مِنْ طَرَفَيْهِ أَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ ، كَأَحَاطَةِ الْإِكْلِيلِ
بِالرَّأْسِ . فَأَمَّا الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ فَهُمَا طَرَفَا الرَّجُلِ ، فَإِذَا ذَهَبَا كَانَ بَقِيَّةُ النَّسَبِ كَلَالَةً . قَالَ
الشَّاعِرُ :

فَكَيْفَ بِأَطْرَافِي إِذَا مَا شَتَمْتَنِي وَمَا بَعْدَ شَتَمِ الْوَالِدَيْنِ صَلُوحُ^(٥)
وَقَالَتْ طَائِفَةٌ : الْكَلَالَةُ اسْمٌ لِلْمَيِّتِ نَفْسِهِ ، الَّذِي لَا وَلَدَ لَهُ وَلَا وَالِدَ . يَرَوَى ذَلِكَ
عَنْ عَمْرِو ، وَعُلَيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ . وَقِيلَ : الْكَلَالَةُ قَرَابَةُ الْأُمِّ . وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِ الْفَرَزْدَقِ
الَّذِي أَنْشَدْنَاهُ ، غَنَى أَنْكُمْ وَرِثْتُمْ الْمُلْكَ عَنْ آبَائِكُمْ لَا عَنْ أُمَّهَاتِكُمْ . وَيُرَوَّى عَنْ
الزُّهْرِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : الْمَيِّتُ الَّذِي لَا وَلَدَ لَهُ وَلَا وَالِدَ كَلَالَةٌ ، وَيُسَمَّى وَارِثُهُ كَلَالَةً . وَالْآيَاتُ
فِي سُورَةِ النَّسَاءِ ، الْمُرَادُ بِالْكَلَالَةِ فِيهَا الْمَيِّتُ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ اسْمَ الْكَلَالَةِ يَقَعُ عَلَى
الْإِخْوَةِ مِنَ الْجِهَاتِ كُلِّهَا . وَقَدْ دَلَّ عَلَى صَحَّةِ ذَلِكَ قَوْلُ جَابِرٍ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كَيْفَ
الْمِيرَاثُ ؟ إِنَّمَا يَرِثُنِي كَلَالَةٌ^(٦) . فَجَعَلَ الْوَارِثُ هُوَ الْكَلَالَةُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَجَابِرٍ يَوْمَئِذٍ وَلَدٌ

(٣) أخرجه الدارمي ، في : باب الكَلَالَةِ ، من كتاب الفروض . سنن الدارمي ٢ / ٣٦٥ ، ٣٦٦ . والبيهقي ، في :
باب حجب الأخوة والأخوات ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٤ . وعبد الرزاق ، في : باب
الكَلَالَةِ ، من كتاب الفرائض . المصنف ١٠ / ٣٠٤ .

(٤) ديوان الفرزدق ٨٥٢ .

(٥) البيت لعون بن عبد الله بن عتبة ، وهو في اللسان والتاج (ص ل ح) و (ط ر ف) ، والجمهرة ٢ / ١٦٤ ،
ومعجم مقاييس اللغة ٣ / ٣٠٣ ، ٤٤٨ .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب صب النبي ﷺ وضوءه على المغني عليه ، من كتاب الوضوء ، وفي : باب دعاء العائد =

ولا وَلَدٌ . وَمَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّهُ يُشْتَرِطُ فِي الْكَلَالَةِ عَدَمُ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ زَيْدٌ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنُ ، وَقَتَادَةُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ / وَالْبَصْرَةِ وَالْكُوفَةِ . وَيُرْوَى عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ : الْكَلَالَةُ مَنْ لَا وَلَدَ لَهُ ^(٧) . وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ . وَالصَّحِيحُ عَنْهُمَا كَقَوْلِ الْجَمَاعَةِ .

٩٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَالْأَخَوَاتُ مَعَ الْبَنَاتِ عَصَبَةٌ ، لَهُنَّ مَا فَضَّلَ ، وَلَيْسَتْ لَهُنَّ مَعَهُنَّ فَرِيضَةٌ مُسَمَّاةٌ)

العَصَبَةُ هُوَ الْوَارِثُ بِغَيْرِ تَقْدِيرٍ ، وَإِذَا كَانَ مَعَهُ ذُو فَرَضٍ أَخَذَ مَا فَضَّلَ عَنْهُ ، قُلْ أَوْ كَثُرَ . وَإِنْ انْفَرَدَ أَخَذَ الْكُلَّ . وَإِنْ اسْتَفْرَقَتِ الْفُرُوضُ الْمَالَ ، سَقَطَ . وَالْمَرَادُ بِالْأَخَوَاتِ هَهُنَا الْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ذَكَرَ أَنَّ وَلَدَ الْأُمِّ لَا مِيرَاثَ لَهُمْ مَعَ الْوَلَدِ . وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَمُعَاذٍ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ عَامَّةُ الْفُقَهَاءِ إِلَّا ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَمَنْ تَابَعَهُ ، فَإِنَّهُ يُرْوَى عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ ^(٨) لَا يَجْعَلُ الْأَخَوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ عَصَبَةً ، فَقَالَ فِي بَنَاتِ وَأَخَوَاتِ : لِلْبَنَاتِ النِّصْفُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْأَخَوَاتِ . فَقِيلَ لَهُ : إِنَّ عُمَرَ قَضَى بِخِلَافِ ذَلِكَ ، جَعَلَ لِلْأَخَوَاتِ النِّصْفَ . فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : أَنْتُمْ أَعْلَمُ أَمِ اللَّهُ ؟ يُرِيدُ قَوْلَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ إِنْ آمَرُوا هَلْكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ ^(٩) . فَإِنَّمَا جَعَلَ لَهَا الْمِيرَاثَ بِشَرْطِ عَدَمِ الْوَلَدِ . وَالْحَقُّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْجُمْهُورُ ، فَإِنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ قَالَ فِي بَنَاتِ ، وَبَنَاتِ ابْنِ ، وَأَخَوَاتِ : لَا تُقْضَيْنَ فِيهَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لِلْبَنَاتِ النِّصْفُ ، وَلِبَنَاتِ

= للمريض ، من كتاب المرضى . صحيح البخارى ١ / ٦٠ ، ٧ / ١٥٧ . ومسلم ، فى : باب ميراث الكلاله ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٩٨ .
(٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب حجب الأخوة والأخوات ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٤ .
وعبد الرزاق ، فى : باب الكلاله ، من كتاب الفرائض . المصنف ١٠ / ٣٠٣ .
(١) سقط من : ١ .
(٢) سورة النساء ١٧٦ .

الابن السُّدُسُ ، وما بَقِيَ فَلِلْأُخْتِ . رواه البخاري ، وغيره^(٣) . واحتِجَّاجُ ابنِ عَبَّاسٍ لا يَدُلُّ على ما ذهبَ إليه ، بل يَدُلُّ على أَنَّ الأُخْتَ لا يُفَرِّضُ لها النِّصْفُ مع الولد ، ونحن نقولُ به ، فَإِنَّ ما تأخَّذَهُ مع البِنْتِ ليس بفَرَضٍ ، وإِنَّمَا هو بالتَّعْصِيبِ ، كَميراثِ الأُخ . وقد وافقَ ابنُ عَبَّاسٍ على ثُبوتِ ميراثِ الأُخ مع الولد مع قولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ﴾^(٤) . وعلى قِياسِ قولِهِ يَتَبَغَى أَنْ يَسْقُطَ الأُخ ؛ / لاشتراطِهِ في توريثِهِ منها عَدَمُ وَلَدِها ، وهو خلافُ الإجماعِ^(٥) ، ثم إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، وهو المبيِّنُ لكَلَامِ اللَّهِ تعالى ، قد جَعَلَ لِلْأُخْتِ مع البِنْتِ ، وبِنْتِ الابنِ الباقيَ عن فرضِهِما ، وهو الثُّلُثُ ، ولو كانت ابْنَتانِ وبِنْتُ ابنٍ ، لَسَقَطَتْ بِنْتُ الابنِ ، وكانَ لِلْأُخْتِ الباقي ، وهو الثُّلُثُ . فَإِنْ كانَ معهم أُمٌّ فلها السُّدُسُ ، وَيَبْقَى لِلْأُخْتِ السُّدُسُ . فَإِنْ كانَ بَدَلُ الأُمِّ زَوْجٌ ، فالمسألةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، لِلزَّوْجِ الرُّبْعُ ، لِلابْنَتَيْنِ الثُّلُثانِ ، وَيَبْقَى^(٦) لِلْأُخْتِ نِصْفُ السُّدُسِ . فَإِنْ كانَ معهم أُمٌّ ، عَالَتِ المسألةُ ، وسَقَطَتِ الأُخْتُ .

ظ ٨٣/٦

٩٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَبَنَاتُ الابْنِ بِمَنْزِلَةِ الْبَنَاتِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بَنَاتٌ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على أَنَّ بَنَاتَ الابْنِ بِمَنْزِلَةِ الْبَنَاتِ عِنْدَ عَدَمِهِنَّ فِي إِرْثِهِنَّ ، وَحُجْبِهِنَّ لِمَنْ يَحْبُجُّهُ الْبَنَاتُ ، وَفِي جَعْلِ الْأُخَوَاتِ مَعَهُنَّ عَصَبَاتٍ ، وَفِي أَنَّهِنَّ إِذَا اسْتَكْمَلْنَ الثُّلَاثِينَ سَقَطَ مِنْ أَسْفَلِ مَنْهِنَّ بَنَاتُ الابْنِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب ميراث ابنة ابن مع ابنة ، وباب ميراث الأخوات مع البنات عصبية ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ٨ / ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في ميراث الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١٠٨ . والترمذي ، في : باب ما جاء في ميراث ابنة الابن ... ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤٤ ، ٢٤٥ . وابن ماجه ، في : باب فرائض الصلب ، من كتاب الفرائض ٢ / ٩٠٩ . والدارمي ، في : باب في بنت وابنة ابن ... ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

(٤) سورة النساء ١٧٦ .

(٥) في م : « الاجتماع » .

(٦) في م : « ويبقى » .

وجل : ﴿ يُوَصِّيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾^(١) . وولدُ البَيْنِ أولادٌ ؛ قال الله تعالى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾^(٢) يُخَاطَبُ بِذَلِكَ أُمَّةُ مُحَمَّدٍ ﷺ . وقال : ﴿ يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾^(٣) يُخَاطَبُ بِذَلِكَ مَنْ فِي عَصْرِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْهُمْ . وقال الشاعر^(٤) :

بَنُونَا بَنُو أَبْنَانِنَا ، وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرُّجَالِ الْأَبَاعِدِ^(٥)

٩٩٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كُنَّ بَنَاتٌ وَبَنَاتُ ابْنٍ ، فَلَبَنَاتِ الثَّلَاثِ ، وَلَيْسَ لِبَنَاتِ الْإِبْنِ شَيْءٌ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ ، فَيُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ فَرَضَ الْابْنَتَيْنِ الثَّلَاثِ ، إِلَّا رَوَايَةً شَدَّتْ^(١) عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ فَرَضَهُمَا النِّصْفُ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾^(٢) . فمفهومه أَنَّ مَا دُونَ الثَّلَاثِ لَيْسَ لهُمَا الثَّلَاثِ . والصَّحِيحُ قَوْلُ الْجَمَاعَةِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِأَخِي سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ : / «أَعْطِ ابْنَتِي سَعْدِ الثَّلَاثِينَ»^(٣) . وقال الله تعالى فِي الْأَخْوَاتِ : ﴿ فَإِنْ كَانَتَا ابْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثَّلَاثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾^(٤) . وهذا تَنْبِيْهُ عَلَى أَنَّ لِلْبَنَتَيْنِ الثَّلَاثِينَ ؛ لِأَنَّهُمَا أَقْرَبُ ، وَلِأَنَّ كُلَّ مَنْ يَرِثُ الْوَاحِدَ مِنْهُمَا النِّصْفَ فَلِلْأُثْنَتَيْنِ مِنْهُمَا الثَّلَاثَانِ ، كَالْأَخْوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَالْأَخْوَاتِ مِنَ الْأَبِ ، وَكُلُّ عَدَدٍ يَخْتَلِفُ فَرَضُ وَاحِدِهِمْ وَجَمَاعَتِهِمْ فَلِلْأُثْنَتَيْنِ مِنْهُمَا مِثْلُ فَرَضِ الْجَمَاعَةِ ، كَوَلَدِ الْأُمِّ ، وَالْأَخْوَاتِ مِنَ

و٨٤/٦

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة الأعراف ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٣) سورة البقرة ٤٠ ، ٤٧ ، ١٢٢ ، وسورة المائدة ٧٢ ، وسورة طه ٨٠ ، وسورة الصف ٦ .

(٤) تقدم في : ٨ / ٢٠٣ .

(٥) في ١ : الرجال الأجانب . وسقط عجز البيت من : الأصل .

(١) في م : شاذة .

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٤) سورة النساء ١٧٦ .

الأبوين ، أو من الأب ، فأما الثلاث من البنات فما زاد ، فلا خلاف في أن فرضهن الثلاث ، وأنه ثابت بقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . واختُلف فيما ثبت به فرض الابنتين ، فقيل : ثبت بهذه الآية ، والتقدير ، فإن كن نساء اثنتين ، وفوق صِلَة ، كقوله : ﴿ فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ ﴾ ^(٥) . أى اضربوا الأعناق . وقد دل على هذا أن النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية ، أرسل إلى أخى سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلاثين » . وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية ، وبيان لمعناها ، واللقط إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير . ويدل على ذلك أيضاً أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع ، وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما . وقيل : بل ثبت بهذه السنة الثابتة . وقيل : بل ثبت بالتبني الذي ذكرناه . وقيل : بل ثبت بالإجماع . وقيل : بالقياس . وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه ، وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها ، فلا يضرنها أيها أثبتته . وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلاثين ، سقط بنات الابن ، ما لم يكن بإزائهن ، أو أسفل منهن ذكر يعصبنهن ؛ وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلاثين ، فليلا كن أو ككثيرات ، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد ، وقد ذهب الثلثان لولد الصلب ، / فلم يبق لهن شيء ، ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب ؛ لأنهن دون درجتهم ، فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتهم ، كأخيهن ، أو ابن عمهن ، أو أنزل منهن كابن أخيهن ، أو ابن ابن عمهن ، أو ابن ابن عمهن ، عصبنهن في الباقي ، فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وهذا قول عامة العلماء . يروى ذلك عن علي ، وزيد ، وعائشة ، رضي الله عنهم . وبه قال مالك ، والثوري ، والشافعي ، رضي الله عنهم ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه ^(٦) ؛ فإنه خالف الصحابة في سبب مسائل من الفرائض ، هذه إحداهن ، فجعل الباقي للذكر دون

(٥) سورة الأنفال ١٢ .

(٦) في م : « اتبعه » .

أَخَوَاتِهِ . وهو قول أبي ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّ النِّسَاءَ مِنَ الْأَوْلَادِ لَا يَرِثُنَّ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِينَ ؛ بِدَلِيلِ مَا لَوْ
 انْفَرَدَنَ ، وَتَوَرَّيْتُهُنَّ هُنَا يُفْضَى إِلَى تَوَرَّيْتُهُنَّ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى :
 ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ ^(٧) . وَهَؤُلَاءِ يَدْخُلُونَ فِي عُمُومِ
 هَذَا اللَّفْظِ ؛ بِدَلِيلِ تَنَاوُلِهِ لَهُمْ لَوْ لَمْ يَكُنْ بَنَاتٌ . وَعَدَمُ الْبَنَاتِ لَا يُوجِبُ لَهُمْ هَذَا الْاسْمَ .
 وَلَأَنَّ كُلَّ ذَكَرٍ وَأُنْثَى يَقْتَسِمُونَ الْمَالَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ ، يَجِبُ ^(٨) أَنْ يَقْتَسِمَا
 الْفَاضِلَ عَنْهُ ، كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ ، وَالْأَخَوَةَ مَعَ الْأَخَوَاتِ . وَمَا ذَكَرُوهُ فَهُوَ فِي الْاسْتِحْقَاقِ
 لِلْفَرْضِ . فَأَمَّا فِي مَسْأَلَتِنَا فَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّونَ بِالتَّعْصِيبِ ، فَكَانَ مُعْتَبَرًا بِأَوْلَادِ الصُّلْبِ ،
 وَالْأَخَوَةَ وَالْأَخَوَاتِ ثُمَّ ، وَيَتَبَلَّغُ مَا ذَكَرُوهُ بِمَا إِذَا خَلَفَ ابْنًا وَسَيِّئَ بَنَاتٍ ، فَإِنَّهُنَّ يَأْخُذْنَ
 ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَالِ . وَإِنْ كُنَّ ثَمَانِيًا ، أَخُذْنَ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِهِ . وَإِنْ كُنَّ عَشْرًا ، أَخُذْنَ خَمْسَةَ
 أَسْدَاسِهِ . وَكُلَّمَا زِدْنَ فِي الْعَدَدِ ، زَادَ اسْتِحْقَاقُهُنَّ .

فصل : وابنُ ابنِ الابنِ يُعَصِّبُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ مِنَ أَخَوَاتِهِ ، وَبَنَاتِ عَمِّهِ ، وَبَنَاتِ ابْنِ عَمِّ
 أَبِيهِ ، عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَيُعَصِّبُ مَنْ هُوَ أَعْلَى مِنْهُ مِنْ عَمَّاتِهِ ، وَبَنَاتِ عَمِّ أَبِيهِ ، وَمَنْ قَوْفَهُنَّ
 بِشَرِّطِ أَنْ لَا ^(٩) يَكُنْ ذَوَاتِ فَرْضٍ ، وَيُسْقِطُ مَنْ هُوَ أَنْزَلُ مِنْهُ ، كِبَنَاتِهِ ، / وَبَنَاتِ أَخِيهِ ،
 وَبَنَاتِ ابْنِ عَمِّهِ . فَلَوْ خَلَفَ الْمَيِّتُ خَمْسَ بَنَاتِ ابْنٍ ، بَعْضُهُنَّ أَنْزَلُ مِنْ بَعْضٍ ، لَا ذَكَرَ
 مَعَهُنَّ ، وَعَصَبَةٌ ، كَانَ لِلْعُلْيَا النِّصْفُ ، وَلِلثَانِيَةِ السُّدُسُ ، وَسَقَطَ سَائِرُهُنَّ ، وَالْبَاقِي
 لِلْعَصَبَةِ . فَإِنْ كَانَ مَعَ الْعُلْيَا أَخُوهَا ، أَوْ ابْنُ عَمِّهَا ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَسَقَطَ
 سَائِرُهُنَّ . فَإِنْ كَانَ مَعَ الثَّانِيَةِ عَصَبُهَا ، وَكَانَ لِلْعُلْيَا النِّصْفُ ^(١٠) ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّانِيَةِ
 عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الثَّلَاثَةِ ، فَلِلْعُلْيَا النِّصْفُ ، وَلِلثَانِيَةِ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ
 الثَّلَاثَةِ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الرَّابِعَةِ ، فَلِلْعُلْيَا النِّصْفُ ، وَلِلثَانِيَةِ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُ
 وَبَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالرَّابِعَةِ عَلَى أَرْبَعَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الْخَامِسَةِ ، فَالْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ ،

(٧) سورة النساء ١١ .

(٨) في م : « فيجب » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م زيادة : « والثانية السدس » .

بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة . وَصَحُّ مِنْ ثَلَاثِينَ . وَإِنْ كَانَ أَتَزَلَّ مِنْ
الخامسة ، فكذلك . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِتَوْرِيثِ^(١) بَنَاتِ الْإِبْنِ مَعَ بَنَى
الْإِبْنِ بَعْدَ اسْتِكْمَالِ الثَّلَاثِينَ .

٩٩٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ ابْنَةٌ وَاحِدَةً ، وَبَنَاتُ ابْنٍ ، فَلابْنَةُ الصُّلْبِ
النُّصْفُ ، وَلِبَنَاتُ الْإِبْنِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ^(٢) السُّدُسُ ، تَكْمِلَةُ
الثَّلَاثِينَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ فَيَعَصِبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ)

في هذه المسألة ثلاثة أحكام ؛ أحدها ، أَنَّ لِلْبِنْتِ الْوَاحِدَةِ النُّصْفَ ، وَلَا خِلَافَ فِي
هَذَا بَيْنَ عُلَمَاءِ الْمُسْلِمِينَ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النُّصْفُ ﴾^(٣) .
وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي بِنْتِ وَبَنَاتِ ابْنٍ وَأُخْتٍ ، أَنَّ لِلْبِنْتِ النُّصْفَ ، وَلِبَنَاتِ الْإِبْنِ
السُّدُسَ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأُخْتِ^(٤) . الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَعَ الْبِنْتِ الْوَاحِدَةِ بَنَاتُ ابْنٍ ، أَوْ
بَنَاتُ ابْنٍ ، فَلِلْبِنْتِ النُّصْفُ ، وَلِبَنَاتِ الْإِبْنِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ السُّدُسُ ،
تَكْمِلَةُ الثَّلَاثِينَ . وَهَذَا أَيْضًا مُجْمَعٌ عَلَيْهِ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ / تَعَالَى :
﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النُّصْفُ ﴾^(٥) .
فَفَرَضَ لِلْبَنَاتِ كُلِّهِنَّ الثَّلَاثِينَ . وَبَنَاتُ الصُّلْبِ ، وَبَنَاتُ الْإِبْنِ كُلُّهُنَّ نِسَاءً مِنَ الْأَوْلَادِ ،
فَكَانَ لَهُنَّ الثَّلَاثَانِ بِفَرْضِ الْكِتَابِ ، لَا يَزِيدَنَّ عَلَيْهِ . وَاخْتَصَصَتْ بَنَاتُ الصُّلْبِ بِالنُّصْفِ ؛
لَأَنَّهُ مَفْرُوضٌ لَهَا ، وَالْأَسْمُ مُتَنَاوِلٌ لَهَا حَقِيقَةً ، فَيَبْقَى لِلْبَقِيَّةِ تَمَامُ الثَّلَاثِينَ . وَلِهَذَا قَالَ
الْفُقَهَاءُ : لَهُنَّ السُّدُسُ تَكْمِلَةُ الثَّلَاثِينَ . وَقَدْ رَوَى هَذَا^(٦) بَنُ شُرَحْبِيلِ الْأَوْدِيُّ قَالَ :

٨٥/٦ ظ

(١) في م : بنبوت تعصيب .

(٢) في م : هذا .

(٣) سورة النساء ١١ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٠ .

(٥) في م : ١ هزيل ، وتقدم ترجمته في : ٣ / ٢٦٠ .

سُئِلَ أَبُو مُوسَى عَنْ ابْنَةِ ، وَابْنَةِ ابْنِ ، وَأَخْتِ ، فَقَالَ : لِلْإِبْنَةِ ^(٥) النِّصْفُ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَخْتِ . فَأَتَى ابْنَ مَسْعُودٍ ، وَأَخْبَرَهُ بِقَوْلِ أَبِي مُوسَى ، فَقَالَ : ﴿ لَقَدْ ضَلَلْتُ إِذَا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُتَهْتِدِينَ ﴾ ^(٦) ، وَلَكِنْ أَقْضِيَ فِيهَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؛ لِلْإِبْنَةِ ^(٥) النِّصْفُ ، وَلِلْإِبْنَةِ الْإِبْنِ السُّدُسُ ، تَكْمِلَةُ الثَّلَاثِينَ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَخْتِ . فَأَتَيْنَا أَبَا مُوسَى ، فَأَخْبَرَنَا بِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، فَقَالَ : لَا تَسْأَلُونِي عَنْ شَيْءٍ مَا دَامَ هَذَا ^(٧) الْحَبْرُ فِيكُمْ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ بَنَحْوِ مِنْ هَذَا الْمَعْنَى ^(٨) . الْحُكْمُ الثَّلَاثُ ، إِذَا كَانَ مَعَ بَنَاتِ الْإِبْنِ ذَكَرٌ فِي دَرَجَتَيْهِمْ فَإِنَّهُ يُعْصَبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ ، إِلَّا ابْنُ مَسْعُودٍ فِي مَنْ تَابَعَهُ ، فَإِنَّهُ خَالَفَ الصَّحَابَةَ فِيهَا . وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ الَّتِي انْفَرَدَ فِيهَا عَنِ الصَّحَابَةِ ، فَقَالَ : لِبَنَاتِ الْإِبْنِ الْأَضْرَبُ بِهِنَّ مِنَ الْمُقَاسِمَةِ أَوْ السُّدُسُ ، فَإِنْ كَانَ السُّدُسُ أَقْلَ مِمَّا يَحْصُلُ لَهُنَّ بِالْمُقَاسِمَةِ ، فَرَضَهُ لَهُنَّ ، وَأُعْطِيَ الْبَاقِي لِلذَّكَرِ ، وَإِنْ كَانَ الْحَاصِلُ لَهُنَّ بِالْمُقَاسِمَةِ أَقْلَ ، قَاسَمَ بِهِنَّ . وَبَنَى ذَلِكَ عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ بَنَاتِ الْإِبْنِ لَا يُعْصَبُهَا أَحَدٌ إِذَا اسْتَكْمَلَ الْبَنَاتُ الثَّلَاثِينَ ، إِلَّا أَنَّهُ نَاقِصٌ ^(٩) فِي الْمُقَاسِمَةِ إِذَا كَانَ أَضْرَبُ بِهِنَّ ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُعْطِيَهُنَّ السُّدُسَ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١٠) . وَلِأَنَّهُ يُقَاسِمُهَا لَوْ لَمْ يَكُنْ غَيْرُهُمَا ، فَقَاسَمَهَا مَعَ بَنَاتِ الصُّلْبِ ، / كَمَا لَوْ كَانَتْ الْمُقَاسِمَةُ أَضْرَبُ بِهِنَّ . وَأَصْلُهُ الَّذِي بَنَى عَلَيْهِ فَاسِدٌ ، كَمَا قَدَّمْنَا .

و ٨٦/٦

فصل : وَحُكْمُ بَنَاتِ ابْنِ الْإِبْنِ مَعَ بَنَاتِ الْإِبْنِ ، حُكْمُ بَنَاتِ الْإِبْنِ مَعَ بَنَاتِ الصُّلْبِ ، فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، وَفِي أَنَّهُ مَتَى اسْتَكْمَلَ مَنْ فَوْقَ السُّفْلَى الثَّلَاثِينَ ،

(٥) فِي م : لِلْبِنْتِ .

(٦) سُورَةُ الْأَنْعَامِ ٥٦ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٠ .

(٩) لَعَلَّ الصَّوَابَ : نَاقِضٌ .

(١٠) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

سَقَطَتْ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْ يُعَصِّبُهَا ، سَوَاءَ كَمَلَ الثَّلَاثَانِ لِمَنْ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، أَوْ لِلْعُلْيَا ، أَوْ الَّتِي تَلِيهَا . وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُ مَعَ مَنْ هُوَ أَعْلَى مِنْهُ . وَقَدْ مَثَّلْنَا ذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي ذَكَرْنَا فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ .

١٠٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْأُخَوَاتُ مِنَ الْأَبِ بِمَنْزِلَةِ الْأُخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ أُخَوَاتُ لِأَبٍ وَأُمِّ ، فَإِنْ كَانَ ^(١) أُخَوَاتُ لِأَبٍ وَأُمِّ ، وَأُخَوَاتُ لِأَبٍ ، فَلِلْأُخَوَاتِ لِلْأَبِ ^(٢) وَالْأُمِّ الثَّلَاثَانِ ، وَلَيْسَ لِلْأُخَوَاتِ لِلْأَبِ ^(٣) شَيْءٌ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ . فَإِنْ كَانَتْ أُخْتُ وَاحِدَةً لِأَبٍ وَأُمِّ ، وَأُخَوَاتُ لِأَبٍ ، فَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ ، وَلِلْأُخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ السُّدُسُ ، تَكْمِلَةُ الثَّلَاثَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ)

وهذه الجملة كلها مُجْمَعٌ عَلَيْهَا بَيْنَ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ ، إِلَّا مَا كَانَ مِنْ خِلَافِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَمَنْ تَبِعَهُ ، لِسَائِرِ الصَّحَابَةِ وَالْفُقَهَاءِ فِي وَلَدِ الْأَبِ إِذَا اسْتَكْمَلَ الْأُخَوَاتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ الثَّلَاثَيْنِ ، فَإِنَّهُ جَعَلَ الْبَاقِيَ لِلذَّكَورِ ^(٣) مِنْ وَلَدِ الْأَبِ دُونَ الْإِنَاثِ . فَإِنْ كَانَتْ أُخْتُ وَاحِدَةً مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَإِخْوَةٌ وَأُخَوَاتُ مِنْ أَبِي ، جَعَلَ لِلْإِنَاثِ مِنْ وَلَدِ الْأَبِ الْأَصْرَبَهُنَّ مِنَ الْمُقَاسِمَةِ أَوْ السُّدُسِ ، وَجَعَلَ الْبَاقِيَ لِلذَّكَورِ . كِفَعُهُ فِي وَلَدِ الْإِبْنِ مَعَ الْبَنَاتِ ، عَلَى مَا مَرَّ تَفْصِيلُهُ وَشَرْحُهُ ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ حُجَّتِهِ وَجَوَابِهَا ، بِمَا يُغْنِي عَنْ إِعَادَتِهِ . فَأَمَّا فَرْضُ الثَّلَاثَيْنِ لِلْأُنثَيْنِ فَصَاعِدًا ، وَالنِّصْفُ لِلوَاحِدَةِ الْمُفْرَدَةِ ، / فَشَابَتْ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمَرُوا هَلْكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا أَنْثَى فَلَهُمَا الْكُلُّانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾ ^(٤) .

ظ ٨٦/٦

(١) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « كُنْ » .

(٢) فِي م : « مِنَ الْأَبِ » .

(٣) فِي م : « لِلذَّكَرِ » .

(٤) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٧٦ .

والمُراد بهذه الآية ولد الأبوين ، وولد^(٥) الأب بإجماع أهل العلم . وروى جابر ، قال : قلت : يا رسول الله ، كيف أصنع في مالي ولي أخوات ؟ قال : فنزلت آية الميراث : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمَرُوا هَلْكَ ﴾ . رواه أبو داود^(٦) . وروى أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات ، فقال النبي ﷺ : « قَدْ أُنْزِلَ اللَّهُ فِي أَخَوَاتِكَ »^(٧) . فبينَهنِ الثلاثين . وما زادَ على الأختين في حكمهما ؛ لأنه إذا كان للأختين الثلاثان ، فالثلاث أختان^(٨) . فصاعداً . وأما سقوطُ الأخوات من الأب ، باستكمال ولد الأبوين الثلاثين ، فلا^(٩) . الله تعالى إنما فرض للأخوات الثلاثين ، فإذا أخذه ولد الأبوين ، لم يبقَ مما فرضه الله تعالى للأخوات شيء يستحقه ولد الأب ، فإن كانت واحدة من الأبوين ، فلها النصف بنص الكتاب ، وبقي من الثلاثين المفروضة للأخوات سدس ، يكمل به الثلاثان ، فيكون للأخوات للأب . ولذلك قال الفقهاء : لهن السدس ، تكملة الثلاثين . فإن كان ولد الأب ذكورا وإنثاء ، فالباقى بينهم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾^(١٠) . ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصلب ، إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها ، والأخت من الأب لا يعصبها إلا أخوها ، فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلاثين ، وثم أخوات من أب وابن أخ لهن ، لم يكن للأخوات للأب شيء ، وكان

(٥) في الأصل ، ١ : ٥ أو ولد .

(٦) في : باب في الكلالة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١٠٧ / ٢ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم ... ﴾ ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب ما كان النبي ﷺ يسأل مما لم ينزل عليه الوحي ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخاري ٨ / ١٨٥ ، ٩ / ١٢٤ . ومسلم ، في : باب ميراث الكلالة ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٤ . والترمذي ، في : باب ميراث الأخوات ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحمدي ٨ / ٢٤٩ . وابن ماجه ، في : باب الكلالة ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١١ .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب من كان ليس له ولد وله أخت ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١٠٨ / ٢ . وإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٧٢ .

(٨) في ١ : أخوات .

(٩) في ١ : فإن .

(١٠) سورة النساء ١٧٦ .

الباقي لابن الأخ ؛ لأنَّ ابنَ الابن وإن نَزَلَ ابنٌ ، وابنُ الأخ ليس بأخ .

٨٧/٦ و

فصل : أربعة من الذكور يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ ، / فَيَمْنَعُونَهُنَّ الْفَرْصَ ، وَيَقْتَسِمُونَ ما وَرِثُوا ، لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ، وهم الابنُ ، وابنُ الابن وإن نَزَلَ ، والأخُ من الأبوين ، والأخُ من الأب . وسائرُ الْعَصَبَاتِ يَنْفَرِدُ الذَّكَورُ بِالْمِيراثِ دونَ الإناثِ ، وهم بنو الأخ والأعمام ، وبنوهم ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١١) . فهذه الآية تناوَلت الأولادَ ، وأولادَ الابن . وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . فتناوَلت ولدَ الأبوين ، وولدَ الأب . وإنما اشترَكُوا ؛ لأنَّ الرِّجَالَ والنساءَ كُلَّهُم ورِاثٌ ، فلو فُرِضَ للنساءِ فَرَضٌ أَفْضَى إلى تفضيل الأنثى على الذَّكَرِ ، أو مُساواتها إيَّاه ، أو إسقاطه بالكلية ، فكانتِ المَقاسِمةُ أَعْدَلُ وأَوْلَى . وسائرُ الْعَصَبَاتِ ^(١٢) ليس أَخَوَاتُهُمْ مِنْ أَهْلِ الْحِرَاثِ ، فَإِنَّهُنَّ لَسْنَ بِذَوَاتِ فَرْصٍ ، ولا يَرِثْنَ مُنْفَرِدَاتٍ ، فلا يَرِثْنَ مع أَخَوَاتِهِنَّ شَيْئًا . وهذا لا خِلَافَ فِيهِ ، بِحَمْدِ اللَّهِ وَمُنْتَهَى .

١٠٠١ - مسألة ؛ قال : (وَلِلْأُمِّ الثَّلَاثُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ إِلَّا أَخٌ وَاحِدٌ أَوْ أُخْتُ وَاحِدَةٌ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ ^(١) وَلَدٌ ، وَلَا وَلَدُ ابْنِهِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ، أَوْ أَخَوَانِ ، أَوْ أُخْتَانِ ، فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا السُّدُسُ)

وجملة ذلك أنَّ لِلْأُمِّ ثَلَاثَةَ أَخْوَالٍ : حَالٌ تَرِثُ فِيهِ الثَّلَاثُ بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَدَمُ الْوَلَدِ ، وولَدِ الابنِ ، مِنَ الذَّكَورِ وَالْإناثِ . والثاني ، عَدَمُ الْإِبنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ ، مِنْ أُمَّ الْجِهَاتِ كَانُوا ، ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، أَوْ ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا ، فَلَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ الثَّلَاثُ . بلا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ . الْحَالُ الثَّانِي ، لَهَا السُّدُسُ ، إِذَا لَمْ

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) في م : « الْعَصَبَاتِ » .

(١) سقط من : م .

يَجْتَمِعُ الشَّرْطَانِ ، بَلْ كَانَ لِلْمَيْتِ وَلَدٌ ، أَوْ وَلَدُ ابْنٍ ، أَوْ اثْنَانِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأُخَوَاتِ . فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : لَا يَحْجُبُ الْأُمُّ عَنِ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأُخَوَاتِ إِلَّا ثَلَاثَةٌ . / وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مُعَاذٍ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ ^(١) . وَأَقْلُ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ . وَرَوَى أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ لِعُمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَيْسَ الْأَخْوَانُ إِخْوَةٌ فِي لِسَانِ قَوْمِكَ ، فَلِمَ تَحْجُبُ بِهِمَا الْأُمُّ ؟ فَقَالَ : لَا ^(٢) أَسْتَطِيعُ أَنْ أَرُدَّ شَيْئًا كَانَ قَبْلِي ، وَمَضَى فِي الْبُلْدَانِ ، وَتَوَارَثَ النَّاسُ بِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ عُمَانَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ إِجْمَاعٌ ثُمَّ قَبْلَ مُخَالَفَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَلِأَنَّ كُلَّ حَجَبٍ تَعَلَّقَ ^(٣) بَعْدَ كَانَ أَوَّلُهُ اثْنَيْنِ ، كَحَجَبِ الْبَنَاتِ بَنَاتِ الْإِبْنِ ، وَالْأُخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ الْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ ، وَالْإِخْوَةُ تُسْتَعْمَلُ فِي الْإِثْنَيْنِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ ﴾ ^(٤) . وَهَذَا الْحُكْمُ ثَابِتٌ فِي أُخٍ وَأُخْتٍ . وَمِنْ أَهْلِ اللُّغَةِ مَنْ يَجْعَلُ الْإِثْنَيْنِ جَمْعًا حَقِيقَةً ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَعْمِلُهُ مَجَازًا ، فَيَصْرِفُ إِلَيْهِ بِالذَّلِيلِ . وَلَا فَرْقَ فِي حَجَبِهَا بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِخْوَةٌ ﴾ . وَهَذَا يَقَعُ عَلَى الْجَمِيعِ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً ﴾ . فَفَسَّرَهُم بِالرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، إِذَا كَانَ زَوْجٌ وَأَبَوَانِ ، أَوْ امْرَأَةٌ وَأَبَوَانِ ، فَلِلْأُمِّ ثُلُثُ الْبَاقِي ، بَعْدَ فَرَضِ الزَّوْجَيْنِ . وَهَذِهِ يَأْتِي ذِكْرُهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

١٠٠٢ - مسألة ؛ قَالَ : (وَلَيْسَ لِلْأَبِ مَعَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ ، أَوْ وَلَدِ الْإِبْنِ ، إِلَّا السُّدُسُ ، فَإِنْ كُنَّ بَنَاتٍ كَانَ لَهُ مَا فَضَّلَ)

يَعْنِي ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، كَانَ لَهُ مَا فَضَّلَ بَعْدَ أَنْ يُفْرَضَ لَهُ السُّدُسُ ، فَيَكُونُ لَهُ ثَلَاثَةٌ

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) سقط من : م .

(٤) ف : م : ١ : يتعلق .

(٥) سورة النساء ١٧٦ .

أَحْوَالٍ ؛ حَالٌ يَرِثُ فِيهَا بِالْفَرَضِ ، وَهِيَ مَعَ الْإِبْنِ أَوْ ابْنِ الْإِبْنِ وَإِنْ سَقَلَ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِلْإِبْنِ وَمَنْ مَعَهُ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(١) . الْحَالُ الثَّانِيَةُ ، يَرِثُ فِيهَا بِالتَّعْصِيبِ الْمُجَرَّدِ ، وَهِيَ مَعَ غَيْرِ الْوَلَدِ ، فَيَأْخُذُ الْمَالُ إِنْ انْفَرَدَ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُ ذُو فَرَضٍ غَيْرُ الْوَلَدِ ، كَزَوْجٍ ، أَوْ أُمٍّ ، أَوْ جَدَّةٍ ، / فَلِذِي الْفَرَضِ قَرْضُهُ ، وَبَاقِي الْمَالِ لَهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ ^(٢) . فَأُضَافَ الْيَرِثُ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ جَعَلَ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ ، فَكَانَ الْبَاقِي لِلْأَبِ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ . فَجَعَلَ لِلْأُمِّ مَعَ الْإِخْوَةِ السُّدُسُ ، وَلَمْ يَقْطَعْ إِضَافَةَ الْيَرِثُ إِلَى الْأَبَوَيْنِ ، وَلَا ذَكَرَ لِلْإِخْوَةِ مِيرَاثًا ، فَكَانَ الْبَاقِي كُلُّهُ لِلْأَبِ . الْحَالُ الثَّالِثَةُ ، يَجْتَمِعُ لَهُ الْأَمْرَانِ ؛ الْفَرَضُ وَالتَّعْصِيبُ ، وَهِيَ مَعَ إِنَاثِ الْوَلَدِ ، أَوْ وَلَدِ الْإِبْنِ ، فَلَهُ السُّدُسُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(٣) . وَلِهَذَا كَانَ لِلْأَبِ السُّدُسُ مَعَ الْبِنْتِ بِالْإِجْمَاعِ ، ثُمَّ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ بِالتَّعْصِيبِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْحَقُّوْا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوَّلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَالْأَبُ أَوَّلَى رَجُلٍ بَعْدَ الْإِبْنِ وَابْنِهِ . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا كُلِّهِ ، فَلَيْسَ فِيهِ بِحَمْدِ اللَّهِ اخْتِلَافٌ ^(٥) . نَعْلَمُهُ .

فصل : وَالْجَدُّ كَالْأَبِ فِي أَحْوَالِهِ الثَّلَاثِ ، وَلَهُ حَالٌ رَابِعٌ مَعَ الْإِخْوَةِ يُذَكَّرُ فِي بَابِهِ ،

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب ميراث الولد من أبيه وأمه ، وباب ميراث ابن الابن إذا لم يكن ابن ، وباب ميراث الجد مع الأب والإخوة ، وباب ابني عم أحدهما أخ للأُم والآخر زوج ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ٨ / ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٣ ، ١٢٣٤ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب في ميراث العصبية ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤٩ . والدارمي ، في : باب العصبية ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٦٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٩٢ ، ٣١٣ ، ٣٢٥ .

(٣) في ١ : خلاف .

وَيَسْقُطُ بِالْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ يُدْلَى بِهِ ، فَيَسْقُطُ بِهِ ، كَالِإِخْوَةِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جَدٍّ يَسْقُطُ بَابْنِهِ ؛ لَكَوْنُهُ يُدْلَى بِهِ . وَيَنْقُصُ الْجَدُّ عَنْ رُتْبَةِ الْأَبِ فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ ، وَامْرَأَةٍ^(٤) وَأَبَوَيْنِ ، فَيُفَرِّضُ لِلْأُمِّ فِيهِمَا ثُلُثُ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَبَاقِيَهُ لِلْجَدِّ ، بِخِلَافِ الْأَبِ .

١٠٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ ، فَإِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، فَلِلرَّبْعِ ، وَلِلْمَرْأَةِ الرَّبْعُ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أُرْبَعًا ، إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَلِلْهُنَّ الثُّمْنُ)

وجملة ذلك أن الزوج والزوجة ذو فرض ، لا يرثان بغيره . وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولد ابنها ، والرُّبْعُ مع الولد أو ولد الابن . وفرض الزوجة والزوجات الرُّبْعُ مع عدم ولد الزوج وولد ابنه ، والثُّمْنُ مع الولد أو ولد الابن / الواحدة والأربع سواء . بإجماع أهل العلم . والأصل فيه قول الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِينَرٌ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دِينَرٌ ﴾^(١) . وإنما جعل للجماعة مثل ما للواحدة ؛ لأنه لو جعل لكل واحدة الرُّبْعَ ، وهُنَّ أَرْبَعٌ ، لَأَخَذْنَ جَمِيعَ الْمَالِ ، وزاد فرضهنَّ على فرض الزوج . ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما للواحدة ؛ لأنَّ الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السُّدُسَ ، لَأَخَذْنَ النِّصْفَ ، فَرِزْنَ عَلَى مِيرَاثِ الْجَدِّ . فأما سائر أصحاب الفروض ، كالبَنَاتِ ، وَبَنَاتِ الْإِبْنِ ، وَالْأَخَوَاتِ الْمُفْتَرَقَاتِ كُلُّهُنَّ ، فَإِنَّ لِكُلِّ جَمَاعَةٍ مِنْهُنَّ مِثْلَ مَا لِلأُثْنَيْنِ ، عَلَى مَا ذُكِرَ فِي مَوْضِعِهِ ، وَرِزْنَ عَلَى فَرَضِ الْوَاحِدَةِ ؛ لِأَنَّ الذَّكَرَ الَّذِي يَرِثُ فِي دَرَجَتَيْنِ لَا فَرَضَ لَهُ ، إِلَّا وَلَدُ الْأُمِّ ، فَإِنْ ذَكَرَهُمْ وَأُثْنَاهُمْ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَرِثُونَ بِالرَّحِمِ ، وَقَرَابَةِ الْأُمِّ الْمُجَرَّدَةِ .

٨٨/٦ ظ

(٤) في م : « أو امرأة » .

(١) سورة النساء ١٢ .

١٠٠٤ - مسألة ؛ قال : (وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب . وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم . وابن الأخ وإن سفل إذا كان لأب أولى من العم . وابن العم للأب أولى من ابن ابن العم للأب والأم . وابن العم وإن سفل أولى من عم الأب)

هذا في ميراث العصبية ، وهم الذكور من ولد الميت ، وآبائه ، وأولادهم . وليس ميراثهم مقدراً ، بل يأخذون المال كله إذا لم يكن معهم ذو فرض ، فإن كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل عن ميراثه كله ، وأولاهم بالميراث أقربهم ، ويسقط^(١) به من بعد ؛ لقول النبي ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر »^(٢) . وأقربهم البنون ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، يسقط قريبهم بعيدهم ، ثم الأب ، ثم آباؤه وإن علوا ، الأقرب منهم فالأقرب ، ثم بنوا الأب وهم الإخوة للآبوين / أو للأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، الأقرب منهم فالأقرب . ويسقط البعيد بالقریب ، سواء كان القريب من ولد الآبوين أو من ولد الأب وحده . فإن اجتمعوا في درجة واحدة ، فولد الآبوين أولى ؛ لقوة قرابته بالأم ، فلهذا قال : ابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب . لأنهما في درجة واحدة . وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم ، لأن ابن الأخ للأب أعلى درجة من ابن ابن الأخ^(٣) للأب والأم ، وعلى هذا أبداً ، ومهما بقي من بنى الأخ أحد ، وإن سفل ، فهو أولى من العم ؛ لأنه من ولد الأب ، والعم من ولد الجد . فإذا انقرض الإخوة وبنوهم ، فالميراث للأعمام ثم بنيهم ، على هذا النسق ، إن استوت درجتهم قدم من هو لآبوين ، فإن اختلفت قدم الأعلى ، وإن كان لأب ، ومهما بقي منهم أحد وإن سفل ، فهو أولى من عم الأب ؛ لأن الأعمام من ولد الجد ، وأعمام الأب من ولد أب الجد ، فإذا انقرضوا ، فالميراث لأعمام الأب

٨٩/٦ و

(١) في الأصل : يسقط .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٢٠ .

(٣-٣) مضروب عليه في : ١ .

على هذا النسق ، ثم لأعمام الجد ، ثم بنينهم ، وعلى هذا أبداً ، لا يرث بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه ، وإن نزلت درجتهم ؛ لما مر في (٤) الحديث ، وهذا كله مُجمَع عليه ، بحمد الله ومَنه .

١٠٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ زَوْجٌ وَأَبَوَانِ ، أُعْطِيَ الزَّوْجُ النِّصْفَ ، وَالْأُمُّ ثُلُثَ مَا بَقِيَ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَبِ . وَإِذَا كَانَتْ زَوْجَةٌ وَأَبَوَانِ ، أُعْطِيَتِ الزَّوْجَةُ الرِّبْعَ ، وَالْأُمُّ ثُلُثَ مَا بَقِيَ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَبِ)

هاتان المسألتان تُسمَّيان العُمَرَتَيْنِ ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، قَضَى فيهما بهذا القَضَاءِ ، فَاتَّبَعَهُ على ذلك عثمانُ ، وزيدُ بنُ ثابتٍ ، وابنُ مسعودٍ ، وَرَوَى ذلك عن عليٍّ ، وبه قال الحسنُ ، والثَّوْرِيُّ ، ومالكٌ ، والشافِعِيُّ ، رَضِيَ اللهُ عنهم ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وجعل ابنُ عَبَّاسٍ ثُلُثَ الْمَالِ كُلَّهُ لِلْأُمِّ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ؛ / لأنَّ الله تعالى فَرَضَ لها الثُّلُثَ عند عَدَمِ الْوَلَدِ وَالْإِخْوَةِ ، وليسَ هُنَا وَلَدٌ وَلَا إِخْوَةٌ (١) . وَرَوَى ذلك عن عليٍّ . وَرَوَى (٢) ذَلِكَ عن شُرَيْحٍ فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ . وقال ابنُ سِيرِينَ كَقَوْلِ الْجَمَاعَةِ فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ ، وكَقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي امْرَأَةٍ وَأَبَوَيْنِ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّا لو فَرَضْنَا لِلْأُمِّ ثُلُثَ الْمَالِ فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ ، لَفَضَّلْنَاها على الأبِ ، ولا يجوزُ ذلك ، وفي مسألة المرأة ، لا يُودَى إلى ذلك . واحتجَّ ابنُ عَبَّاسٍ بِعُمُومِ قَوْلِهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ (٣) . وبَقَوْلِهِ عليه السلام : « الْحَقُّوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرَ » (٤) . والأبُّ هُنَا عَصَبَةٌ ؛ فَيَكُونُ لَهُ مَا فَضَّلَ عَنْ ذَوَى الْفُرُوضِ ، كما لو كان مَكَانَهُ جَدًّا ، وَالْحُجَّةُ معه لولا انْعِقَادُ الْإِجْمَاعِ مِنَ الصَّحَابَةِ على مُخَالَفَتِهِ ؛ ولأنَّ

(٤) في ١ : « من » .

(١) في م : « وإخوة » .

(٢) في م : « وروى » .

(٣) سورة النساء ١١ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠ .

الْفَرِيضَةَ إِذَا جَمَعَتْ أَبَوَيْنِ وَذَا فَرَضَ ، كَانَ لِلْأُمِّ ثُلُثُ الْبَاقِي ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعَهُم بِنْتُ .
وَيُخَالِفُ الْأَبُ الْجَدَّ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ فِي دَرَجَتِهَا ، وَالْجَدُّ أَعْلَى مِنْهَا . وَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ ابْنُ
سِيرِينَ تَفْرِيقَ فِي مَوْضِعِ أَجْمَعَ الصَّحَابَةِ عَلَى التَّسْوِيَةِ فِيهِ ، ثُمَّ إِنَّهُ مَعَ الزَّوْجِ يَأْخُذُ مِثْلَى مَا
أَخَذَتِ الْأُمُّ ، كَذَلِكَ مَعَ الْمَرْأَةِ ، قِيَاسًا عَلَيْهِ .

١٠٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَإِخْوَةٌ (مِنْ أُمٍّ) وَإِخْوَةٌ لِأَبٍ
وَأُمٍّ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَلِلْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ الثُّلُثُ ، وَسَقَطَ
الْإِخْوَةُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ)

هذه المسألة تُسَمَّى الْمُشْرَكَّةَ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَسْأَلَةٍ اجْتَمَعَ فِيهَا زَوْجٌ وَأُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ
وَإِثْنَانِ فَصَاعِدًا مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ وَعَصَبَةٌ مِنَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ . وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ الْمُشْرَكَّةَ ؛ لِأَنَّ بَعْضَ
أَهْلِ الْعِلْمِ شَرَكَ فِيهَا بَيْنَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ وَوَلَدِ الْأُمِّ فِي فَرَضِ وَلَدِ الْأُمِّ ، فَقَسَمَهُ بَيْنَهُمْ
بِالسُّوِيَّةِ ، وَتُسَمَّى الْحِمَارِيَّةَ ؛ لِأَنَّهُ يُرَوَى أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اسْقَطَ وَلَدَ الْأَبَوَيْنِ ،
فَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ هَبْ أَنْ أَبَاَنَا كَانَ حِمَارًا أَلَيْسَتْ أُمَّنَا وَاحِدَةً ؟ فَشَرَكَ بَيْنَهُمْ .
وَيُقَالُ : إِنَّ بَعْضَ الصَّحَابَةِ / قَالَ ذَلِكَ ، فَسُمِّيَتْ الْحِمَارِيَّةَ لِذَلِكَ . وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ
فِيهَا قَدِيمًا وَحَدِيثًا ، فَذَهَبَ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِيهَا إِلَى أَنَّ لِلزَّوْجِ النِّصْفَ ، وَلِلْأُمِّ
السُّدُسَ ، وَلِلْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ الثُّلُثُ ، وَسَقَطَ الْإِخْوَةُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمْ عَصَبَةٌ وَقَدْ تَمَّ
الْمَالُ بِالْفُرُوضِ . وَيُرَوَّى هَذَا الْقَوْلُ عَنْ عَلِيٍّ ، وَآبِنِ مَسْعُودٍ ، وَأَبِي بِنِ كَعْبٍ ، وَآبِنِ
عَبَّاسٍ ، وَأَبِي مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَشَرِيكٌ ، وَأَبُو
حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَيَحْيَى بْنُ آدَمَ ، وَنُعَيْمُ بْنُ حَمَادٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَآبِنُ
الْمُنْذِرِ . وَيُرَوَّى (٢) عَنْ عَمَرَ ، وَعُثْمَانَ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ شَرَكُوا
بَيْنَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ وَوَلَدِ الْأُمِّ فِي الثُّلُثِ ، فَقَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَّةِ ، لِلذَّكْرِ مِثْلَ حَظِّ

٩٠/٦

(١-١) في م : (لَمْ ،) .

(٢) في م : (وَرَوَى ،) .

الْأُنثَيْنِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّهُمْ سَاوَوُا وَلَدَ
الْأُمِّ فِي الْقَرَابَةِ الَّتِي يَرْتَوْنَ بِهَا ، فَوَجَبَ ^(٣) أَنْ يُسَاوَوْهُمْ فِي الْمِيرَاثِ ؛ فَإِنَّهُمْ جَمِيعًا مِنْ وَلَدِ
الْأُمِّ ، وَقَرَابَتُهُمْ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ إِنْ لَمْ تَزِدْهُمْ قُرْبًا وَاسْتَحْقَاقًا فَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُسْقِطَهُمْ ؛
ولهذا قال بعضُ الصَّحَابَةِ أو بعضُ ^(٤) وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ لِعُمَرُوقَدَ اسْقَطَهُمْ : هَبْ أَنْ أَبَاهُمْ
كَانَ حِمَارًا ، فَمَا زَادَهُمْ ذَلِكَ إِلَّا قُرْبًا . فَشَرَكْ بَيْنَهُمْ . وَحَرَّرَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ
فِيهَا قِيَاسًا ، فَقَالَ : فَرِيضَتُهُ جَمَعَتْ وَلَدَ الْأَبِ وَالْأُمِّ وَلَدَ الْأُمِّ ، وَهُمْ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ
فَإِذَا وَرِثَ وَلَدَ الْأُمِّ ، وَجَبَ أَنْ يَرِثَ وَلَدَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا زَوْجٌ . وَلَنَا ،
قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ^(٥) . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ
الْمُرَادَ بِهَذِهِ الْآيَةِ وَلَدَ الْأُمِّ عَلَى الْخُصُوصِ ، فَمَنْ شَرَكَ بَيْنَهُمْ فَلَمْ يُعْطِ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
السُّدُسَ ، فَهُوَ مُخَالِفٌ لِظَاهِرِ الْقُرْآنِ ، وَيَلْزَمُ مِنْهُ / مُخَالَفَةُ ظَاهِرِ الْآيَةِ الْأُخْرَى ، وَهِيَ
قَوْلُهُ : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ ﴾ ^(٦) . يُرَادُ بِهَذِهِ
الْآيَةِ سَائِرُ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ ، وَهُمْ يُسَوُّونَ بَيْنَ ذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ :
« الْحَقُّوْا الْفَرَائِضَ ، بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ فَلِلْأُولَى رَجُلٍ ذَكَرٌ » ^(٧) وَمَنْ شَرَكَ فَلَمْ يُلْحَقِ
الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ وَلَدَ الْأَبَوَيْنِ عَصَبَةٌ لَا فَرَضَ لَهُمْ ، وَقَدْ تَمَّ الْمَالُ
بِالْفُرُوضِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَسْقُطُوا ، كَمَا لَوْ كَانَ مَكَانَ وَلَدِ الْأُمِّ ابْنَتَانِ . وَقَدْ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ
عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَاحِدٌ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَمِائَةٌ مِنْ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ ، لَكَانَ لِلوَاحِدِ
السُّدُسُ ، وَلِلْمِائَةِ السُّدُسُ الْبَاقِي ، لِكُلِّ وَاحِدٍ عَشْرُ عَشْرَةٍ ، وَإِذَا جَازَ أَنْ يُفْضَلَهُمْ

٩٠/٦ ظ

(٣) في ١ : « فيجب » .

(٤) في م : « وبعض » .

(٥) سورة النساء ١٢ .

(٦) سورة النساء ١٧٦ .

(٧) تقدم ترجمته في صفحة ٢٠ .

الواحد هذا الفضل كله ، لم لا يجوز لاثنتين إسقاطهم ؟ وقولهم : تساؤوا في قرابة الأم . قلنا : فلم لم^(٨) يسأوهم في الميراث في هذه المسألة ؟ وعلى أننا نقول : إن ساؤوهم في قرابة الأم فقد فأرقوهم في كونهم عصبة من غير ذوى الفروض . وهذا الذى أقرقوا فيه هو المقتضى لتقديم ولد الأم ، وتأخير ولد الأبوين . فإن الشرع ورد بتقديم ذوى الفروض ، وتأخير العصبة ، ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الأبوين فى القدر فى المسألة المذكورة وشبهها ، فكذاك يقدم وإن سقط ولد الأبوين كغيره ، ولزمهم أن يقولوا فى زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها ، إن الأخ يسقط وحده ، فترث أخته السبع ؛ لأن قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه ، وهو لم ينجبها ، فهلا عدوه حمارا ، وورثوها مع وجوده كغيراتها مع عدمه ؟ وما ذكروه من القياس طردى لا معنى تحته ، قال العتيرى : القياس ما قال على ، والاستحسان ما قال عمر . قال الخبرى : وهذه وساطة مليحة ، وعبرة صحيحة ، وهو كما قال ، إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة فى الشرع ، فإنه وضع للشرع / بالرأى من غير دليل ، ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض ، فكيف وهو فى مسألتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس ! ومن العجب ذهب الشافعى إليه ههنا ، مع تحطيته الذاهبين إليه فى غير هذا الموضع ، وقوله : من استحسن فقد شرع . وموافقة الكتاب والسنة أولى .

٩١/٦

فصل : ولو كان مكان ولد الأبوين عصبة من ولد الأب سقط ، قولاً واحداً ، ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا ؛ لأنهم لم يسأوا ولد الأم فى قرابة الأم . ولو كان مكانهم أخوات من أبوين أو من أب ، فرض لهن الثلثان ، وعالت المسألة إلى عشرة ، فى قول الجميع ، إلا فى قول ابن عباس ومن تابعه ، ممن لا يرى العول ، فإنهم يردون النقص على الأخوات غير ولد الأم ، فمقتضى قوله سقوط الأخوات من ولد الأبوين ، كما لو كانوا إخوة ، وسنبين أن الصواب خلاف ذلك ، إن شاء الله تعالى .

(٨) سقط من : م .

فصل : إِذَا قِيلَ : امْرَأَةٌ خَلَفَتْ أُمًّا ، وَابْنَتِي عَمَّ أَحَدُهُمَا زَوْجٌ وَالْآخَرُ أَخٌ مِنْ أُمِّ ، وَثَلَاثَةٌ إِخْوَةٌ مُفْتَرِقِينَ ، فَقُلْ : هَذِهِ الْمُشْرَكَةُ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَلِلْأَخَوَيْنِ مِنَ الْأُمِّ الثُّلُثُ ، وَسَقَطَ الْأَخَوَانِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَالْأَبُ . وَمَنْ شَرَكَ جَعَلَ لِلْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ التُّسْعَ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَخَوَيْنِ مِنَ الْأُمِّ تُسْعًا .

١٠٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَإِخْوَةٌ وَأُخَوَاتٌ لِلْأُمِّ وَأُخْتٌ لِأَبٍ وَأُمٌّ وَأُخَوَاتٌ لِأَبٍ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَلِلْإِخْوَةِ وَلِلْأُخَوَاتِ مِنَ الْأُمِّ الثُّلُثُ يَتَنَّهُمُ بِالتَّسْوِيَةِ ، وَلِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ ، وَلِلْأُخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ السُّدُسُ)

أَمَّا التَّسْوِيَةُ بَيْنَ وَلَدِ الْأُمِّ ، فَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، إِلَّا رَوَايَةَ شَذَّثَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ فَضَّلَ الذَّكَرَ عَلَى الْأُنْثَى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ ^(١) . وَقَالَ فِي آيَةٍ أُخْرَى : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(٢) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا / السُّدُسُ ﴾ ^(٣) . فَسَوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، وَقَوْلُهُ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ ^(٤) . مِنْ غَيْرِ تَفْضِيلٍ لِبَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، يَفْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُمْ بِشَيْءٍ أَوْ أَقْرَبَ لَهُمْ بِهِ . وَأَمَّا الْآيَةُ الْأُخْرَى ، فَالْمُرَادُ بِهَا وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَدُ الْأَبِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ جَعَلَ لِلوَاحِدَةِ النِّصْفَ ، وَلِلْأُنْثَيَيْنِ الثُّلُثَيْنِ ، وَجَعَلَ الْأَخَ يَرِثُ أُخْتَهُ الْكُلَّ ، ثُمَّ هَذَا مُجْمَعٌ عَلَيْهِ فَلَا غَيْرَ ^(٥) بِقَوْلِ شَاذٍ ، وَتَوْرِيثُ وَلَدِ الْأُمِّ هُنَا الثُّلُثُ وَالْأُمُّ السُّدُسُ وَالزَّوْجُ النِّصْفُ ، تَسْمِيَةٌ لَا خِلَافَ فِيهَا أَيْضًا . وَقَدْ اجْتَمَعَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُرُوضٌ ^(٦) يَضِيقُ الْمَالُ عَنْهَا ، فَإِنَّ النِّصْفَ لِلزَّوْجِ ، وَالنِّصْفَ لِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، يَكْمُلُ الْمَالُ بِهِمَا ، وَيَزِيدُ ثُلُثُ وَلَدِ الْأُمِّ ،

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سورة النساء ١٧٦ .

(٣) في الزيادة : « ههنا » .

(٤) في ١ : « فروى » تحريف .

وَسُدُسُ الْأُمِّ ، وَسُدُسُ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ ، فَتَعُولُ الْمَسْأَلَةُ بِثُلَاثِيهَا ، وَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةِ أَهْلِهِمْ ، فَتَعُولُ إِلَى عَشْرَةٍ ، وَتُسَمَّى أُمُّ الْفُرُوجِ ؛ لِكَثْرَةِ عَوْلِهَا ، شَبَّهُوا أَصْلَهَا بِالْأُمِّ ، وَعَوْلُهَا بِفُرُوجِهَا ، وَلَيْسَ فِي الْفَرَائِضِ مَسْأَلَةٌ تَعُولُ ^(٥) بِثُلَاثِيهَا سِوَى هَذِهِ وَشَبَّهَهَا ، وَلَا بُدَّ فِي أُمِّ الْفُرُوجِ مِنْ زَوْجٍ وَائْتَيْنِ فَصَاعِدًا ، مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَأُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ ، وَائْتَيْنِ مِنْ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ الْأَبِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مِنْ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ ، وَالْأُخْرَى مِنْ وَلَدِ الْأَبِ ، فَمَتَى اجْتَمَعَ فِيهَا هَذَا ، عَالَتْ إِلَى عَشْرَةٍ ، وَمَعْنَى الْعَوْلِ أَنْ تَزْدَجِمَ فُرُوضٌ لَا يَتَسَبَّغُ الْمَالُ لَهَا ، كَهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَيَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَيْهِمْ كُلُّهُمْ ، وَيُقَسَّمُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ فُرُوضِهِمْ ، كَمَا يُقَسَّمُ مَالُ الْمُفْلِسِ بَيْنَ غُرْمَائِهِ بِالْحِصَصِ ؛ لِضَيْقِ مَالِهِ عَنْ وَقَاتِهِمْ ، وَمَالُ الْمَيِّتِ بَيْنَ أَرْبَابِ الدُّيُونِ إِذَا لَمْ ^(٦) يَفِ بِهَا ^(٧) ، وَالثَّلَاثُ بَيْنَ أَرْبَابِ الْوَصَايَا إِذَا عَجَزَ عَنْهَا . وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ مِنَ الْعُلَمَاءِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَالْعَبَّاسِ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَزَيْدٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُهُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَنُعَيْمُ بْنُ حَمَّادٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَسَائِرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا ابْنَ عَبَّاسٍ ، وَطَائِفَةٌ شَذَّتْ يَقُولُ عَدَدُهَا . ثَقُلَ ذَلِكَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ ، وَعَطَاءٍ ، وَذَاوَدَ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : لَا تَعُولُ الْمَسَائِلُ . رَوَى عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ ، فِي زَوْجٍ ، وَأُخْتٍ ، وَأُمٍّ : مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنَّ الْمَسَائِلَ لَا تَعُولُ ، إِنَّ الَّذِي أَحْصَى رَمَلَ عَالِجٍ ^(٧) عَدَدًا أَعْدَلَ مِنْ أَنْ يَجْعَلَ فِي مَالٍ نِصْفًا ، وَنِصْفًا ، وَثُلَاثًا ، هَذَانِ نِصْفَانِ ذَهَبًا بِالْمَالِ ، فَأَيْنَ مَوْضِعُ الثَّلَاثِ ؟ فَسُمِّيَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَسْأَلَةَ الْمُبَاهَلَةِ لِذَلِكَ ، وَهِيَ أَوَّلُ مَسْأَلَةٍ عَائِلَةٍ حَدَّثَتْ فِي زَمَنِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَجَمَعَ الصَّحَابَةُ لِلْمَشُورَةِ فِيهَا ، فَقَالَ الْعَبَّاسُ : أَرَى أَنَّ نَفْسَ الْمَالِ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ سِهَامِهِمْ . فَأَخَذَ بِهِ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَاتَّبَعَهُ النَّاسُ عَلَى ذَلِكَ ،

٩٢/٦

(٥) فِي النِّسْخِ : « نَقُولُ » .

(٦-٦) فِي م : « يَفِهَا » .

(٧) عَالِج : رَمَالٌ بَيْنَ فَيْدٍ وَالْقَرِيَّاتِ . مَعْجَمُ الْبِلَادِ ٣ / ٥٥١ .

حَتَّى خَالَفَهُمْ ابْنُ عَبَّاسٍ ، فَرَوَى الزُّهْرِيُّ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، قَالَ : لَقِيتُ زُفْرَ بْنَ أَوْسٍ الْبَصْرِيَّ ، فَقَالَ : نَمَضِي إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ ، نَتَحَدَّثُ عَنْهُ ، فَأَتَيْنَاهُ ، فَتَحَدَّثْنَا عَنْهُ ، فَكَانَ مِنْ حَدِيثِهِ ، أَنَّهُ قَالَ : سَبَّحَانَ الَّذِي أَحْصَى رَمْلَ عَالِجٍ عَدَدًا ، ثُمَّ يَجْعَلُ فِي مَالٍ نَصْفًا ، وَيَنْصِفُنَا ، وَثُلَاثًا ، ذَهَبَ النِّصْفَانِ بِالْمَالِ ، فَأَيْنَ مَوْضِعُ الثُّلُثِ ! وَائْتِمِ اللَّهُ ، لَوْ قَدَّمُوا مِنْ قَدَمِ اللَّهِ ، وَأَخْرُوا مِنْ أُخْرَى اللَّهِ ، مَا عَالَتْ فَرِيضَةُ أَبَدًا ، فَقَالَ زُفْرٌ : فَمَنْ الَّذِي قَدَّمَهُ اللَّهُ ، وَمَنْ الَّذِي أَخْرَهُ اللَّهُ ؟ فَقَالَ : الَّذِي أَهْبَطَهُ مِنْ فَرَضٍ إِلَى فَرَضٍ ، فَذَلِكَ الَّذِي قَدَّمَهُ اللَّهُ^(٨) ، وَالَّذِي أَهْبَطَهُ مِنْ فَرَضٍ إِلَى مَا بَقِيَ ، فَذَلِكَ الَّذِي أَخْرَهُ اللَّهُ . فَقَالَ زُفْرٌ : فَمَنْ أَوَّلُ مَنْ أَعَالَ الْفَرَائِضَ ؟ قَالَ : عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ . فَقُلْتُ : أَلَا أَشَرْتُ عَلَيْهِ ؟ فَقَالَ : هِبْتُهُ ، وَكَانَ أَمْرًا مَهِييًا^(٩) . قَوْلُهُ : مَنْ أَهْبَطَهُ مِنْ فَرِيضَةٍ^(١٠) إِلَى فَرِيضَةٍ^(١١) ، فَذَلِكَ الَّذِي قَدَّمَهُ اللَّهُ . يُرِيدُ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ وَالْأُمَّ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَرَضٌ ، ثُمَّ يُحْجَبُ إِلَى فَرَضٍ آخَرَ لَا يَنْقُصُ مِنْهُ ، وَأَمَّا مَنْ أَهْبَطَهُ مِنْ فَرَضٍ إِلَى مَا بَقِيَ ، يُرِيدُ الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ ، فَإِنَّهُنَّ يُفَرِّضُ لَهُنَّ ، فَإِذَا كَانَ مَعَهُنَّ إِخْوَتُهُنَّ ، وَرِثُوا بِالتَّعَصُّيبِ ، فَكَانَ لَهُمْ مَا بَقِيَ ، قَلٌّ أَوْ كَثْرٌ ، فَكَانَ مَذْهَبُهُ ، أَنَّ الْفَرُوضَ إِذَا أُرْزِخَتْ رُدَّ النِّقْصُ عَلَى الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ لَوْ انْفَرَدَ أَخَذَ فَرَضَهُ ، فَإِذَا أُرْزِخُوا وَجَبَ أَنْ يَفْتَسِمُوا عَلَى قَدْرِ الْحُقُوقِ ، كَأَصْحَابِ الدُّيُونِ وَالْوَصَايَا ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَرَضَ لِلْأُنْثَى النِّصْفَ ، كَمَا فَرَضَ لِلزَّوْجِ النِّصْفَ ، وَفَرَضَ لِلْأُنْثَيْنِ الثُّلُثَيْنِ ، كَمَا فَرَضَ لِلثَّلَاثِ لِلْأُنْثَيْنِ مِنَ الْأُمِّ ، فَلَا يَجُوزُ إِسْقَاطُ فَرَضٍ بَعْضِهِمْ ، مَعَ نَصِّ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِ ، بِالرَّأْيِ وَالتَّحْكُمِ ، وَلَمْ يُمَكِّنِ الْوَفَاءَ بِهَا ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَوْا فِي النِّقْصِ عَلَى قَدْرِ الْحُقُوقِ ، كَالْوَصَايَا ، وَالْدُّيُونِ ، وَقَدْ يَلْزَمُ ابْنَ عَبَّاسٍ عَلَى قَوْلِهِ مَسْأَلَةٌ فِيهَا

(٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩) أخرجه البيهقي ، في : باب العول في الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٥٣ . وسعيد بن منصور ، في : باب في العول ، من كتاب ولاية العصبية : السنن ١ / ٤٤ .

(١٠-١١) سقط من : م .

زَوْجٌ، وَأُمٌّ، وَأَخَوَانِ مِنَ أُمٍّ، فَإِنْ حَجَبَ الْأُمُّ إِلَى السُّدُسِ، خَالَفَ مَذْهَبَهُ فِي حَجَبِ الْأُمِّ بِأَقْلٍ مِنْ ثَلَاثَةِ مِنَ الْإِخْوَةِ، وَإِنْ نَقَصَ الْأَخَوَيْنِ مِنَ الْأُمِّ، رَدَّ النِّقْصَ عَلَى مَنْ لَمْ يُهْبِطْهُ اللَّهُ مِنْ فَرْضِهِ إِلَى مَا بَقِيَ، وَإِنْ أَعَالَ الْمَسْأَلَةَ، رَجَعَ إِلَى قَوْلِ الْجَمَاعَةِ، وَتَرَكَ مَذْهَبَهُ، وَلَا نَعْلَمُ الْيَوْمَ قَائِلًا بِمَذْهَبِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ فَقَهَاءِ الْعَصْرِ^(١١) فِي الْقَوْلِ بِالْعَوْلِ، بِحَمْدِ اللَّهِ وَمَنِّهِ.

فصل : حَصَلَ خِلَافُ ابْنِ عَبَّاسٍ لِلصَّحَابَةِ فِي خَمْسِ مَسَائِلَ، اشْتَهَرَ قَوْلُهُ فِيهَا ؛ أَحَدُهَا، زَوْجٌ وَأَبَوَانِ . وَالثَّانِيَةُ، امْرَأَةٌ وَأَبَوَانِ، لِلْأُمِّ ثُلُثُ الْبَاقِي عِنْدَهُمْ، وَجَعَلَ هُوَ لَهَا ثُلُثَ الْمَالِ فِيهَا . وَالثَّالِثَةُ، أَنَّهُ^(١٢) لَا يَحْجُبُ الْأُمُّ إِلَّا بِثَلَاثَةِ مِنَ الْإِخْوَةِ . وَالرَّابِعَةُ، لَمْ يَجْعَلِ الْأَخَوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ عَصَبَةً . وَالْخَامِسَةُ، أَنَّهُ^(١٣) لَمْ يُعِلَّ^(١٤) الْمَسَائِلَ . فَهَذِهِ الْخَمْسُ صَحِيحُ الرَّوَايَةِ عَنْهُ فِيهَا، وَاشْتَهَرَ عَنْهُ الْقَوْلُ بِهَا، وَشَدَّدَتْ عَنْهُ^(١٥) رَوَايَاتُ سِبْوَی هَذِهِ، ذَكَرْنَا بَعْضَهَا فِيمَا مَضَى .

١٠٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَا^(١) ابْنَيْ^(٢) عَمٍّ، أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ، فَلِلْأَخِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ، وَمَا بَقِيَ يَنْتَهُمَا نِصْفَيْنِ)

هَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ . يُرَوَّى عَنْ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَيُرَوَّى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَزَيْدِ بْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَمَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ : الْمَالُ لِلَّذِي هُوَ أَخٌ مِنْ أُمٍّ . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ، وَالْحَسَنُ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَعَطَاءٌ، وَالتَّحْمِيُّ، وَأَبُو ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي قَرَابَةِ

(١١) في م : « الأمصار » .

(١٢) سقط من : الأصل ، ا .

(١٣-١٢) في م : « لا يعيل » .

(١٤) سقط من : ا ، م .

(١) في الأصل : « كان » .

(٢) في الأصل ، م : « ابنا » .

الأب^(٣) وَفَضَّلَهُ هَذَا بِأُمِّ ، فَصَارَ كَأَخَوَيْهِ أَوْ عَمَّتَيْنِ ، أَحَدُهُمَا لِأَبَوَيْنِ ، وَالْآخَرُ لِأَبٍ ، وَلَئِنْ لَوْ كَانَ ابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ^(٤) ، وَابْنُ عَمٍّ لِأَبٍ ، كَانَ ابْنُ الْعَمِّ لِلْأَبَوَيْنِ أَوْلَى ، فَإِذَا كَانَ قُرْبُهُ لِكُونِهِ^(٥) مِنْ وَلَدِ الْجَدَّةِ قَدَّمَهُ ، فَكَوْنُهُ مِنْ وَلَدِ / الْأُمِّ أَوْلَى . وَلَنَا ، أَنَّ الْأُخُوَّةَ مِنَ الْأُمِّ يُفَرِّضُ لَهُ بِهَا ، إِذَا لَمْ يَرِثْ بِالتَّعْصِيبِ ، وَهُوَ إِذَا كَانَ مَعَ أَخٍ مِنْ أَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنْ أَبٍ أَوْ عَمٍّ ، وَمَا يُفَرِّضُ لَهُ بِهِ ، لَا يُرْجِعُ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا زَوْجًا ، وَيُفَارِقُ الْأَخَ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَالْعَمِّ وَابْنِ الْعَمِّ ، إِذَا كَانَا مِنْ أَبَوَيْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يُفَرِّضُ لَهُ بِقَرَابَةِ أُمِّهِ شَيْءٌ ، فَرَجَحَ بِهِ ، وَلَا يَجْتَمِعُ فِي إِحْدَى الْقَرَابَتَيْنِ تَرْجِيحٌ وَفَرَضٌ .

فصل : فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا أَخٌ لِأَبٍ ، فَلِلْأَخِ^(٦) مِنَ الْأُمِّ السُّدُسُ ، وَالباقى لِلْأَخِ^(٧) مِنَ الْأَبِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا أَخٌ^(٨) مِنْ أَبَوَيْنِ فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ ابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ ، وَابْنُ عَمٍّ هُوَ أَخٌ لِأُمٍّ^(٩) ، فَعَلَى قَوْلِ الْجُمْهُورِ ، لِلْأَخِ السُّدُسُ ، وَالباقى لِلْآخَرِ . وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، الْمَالُ كُلُّهُ لِابْنِ الْعَمِّ الَّذِي هُوَ أَخٌ لِأُمٍّ .

فصل : فَإِنْ كَانَ ابْنًا عَمٍّ ، أَحَدُهُمَا أَخٌ مِنْ أُمٍّ ، وَبِنْتُ أَوْ بِنْتُ ابْنٍ ، فَلِلْبِنْتِ أَوْ بِنْتِ الابْنِ النِّصْفُ ، وَالباقى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَسَقَطَتِ الْإِخْوَةُ مِنَ الْأُمِّ بِالْبِنْتِ . وَلَوْ كَانَ الَّذِي لَيْسَ بِأَخِ ابْنِ عَمٍّ مِنْ أَبَوَيْنِ ، أَخَذَ الْبَاقِي كُلَّهُ كَذَلِكَ . وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ^(١٠) الْبَاقِي لِلْأَخِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْأَخَ مِنَ الْأَبَوَيْنِ يَتَقَدَّمُ عَلَى الْأَخِ مِنَ الْأَبِ ، بِقَرَابَةِ الْأُمِّ ، فَإِنْ كَانَ فِي الْفَرِيطَةِ بِنْتُ تَحْجُبُ قَرَابَةَ الْأُمِّ . وَحُكِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، أَنَّ

(٣) فَم : : لِأَبٍ .

(٤) فَم : : أَخَوَيْنِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، أ : : يَكُونُهُ .

(٦) فَم : : فَلِلْأَبِ .

(٧) فَم : : لِلْأَبِ .

(٨) فَم : : أَبٍ .

(٩) فَم : : الْأُمِّ .

(١٠) فَم زِيَادَةٌ : : الَّذِي .

الباقى لابن العم الذى ليس بأخ ، وإن كان من أب ؛ لأنه يرث بالقرابتين ميراثاً واحداً ، فإذا كان فى الفريضة من يحجب إحداهما ، سقط ميراثه . كما لو استغرقت الفروض المال ، سقط الأخ من الأبوين ، ولم يرث بقرابة الأم ، بدليل مسألة المشتركة . ولنا ، على ابن مسعود ، أن البنت تسقط الميراث بقرابة الأم ، فيبقى ^(١١) التعصيب منفرداً ، فيرث به ، وفارق ولد الأبوين ؛ فإن قرابة الأم لم ^(١٢) يرجح بها ، ولا يفرض لها ، فلا يؤثر فيها ما يحجبها . وفى مسألة يفرض له بها ، فإذا كان فى الفريضة من يحجبها ، سقطت ، ولأنه لو كان مع ابن العم الذى هو أخ ، أخ ^(١٣) من أب ، / وبنت ، لحجبت البنت قرابة الأم ^(١٤) ، ولم ترث بها شيئاً ، فكان للبنت النصف ، والباقي للأخ من الأب ، ولولا البنت لورث لكونه أحاً من أم السدس ، فإذا حجبت البنت مع الأخ من الأب ، وجب أن تحجب فى كل حال ، لأن الحجب بها بالأخ من الأب وما ذكره سعيد بن جبيرة ينتقض بالأخ من الأبوين ، مع البنت ، وبابن العم إذا كان زوجاً ومعه من يحجب بنى العم . ولا نسلم أنه يرث ميراثاً واحداً ، بل يرث بقرابته ميراثين ، كشخصين ، فصار كابن العم الذى هو زوج ، وفارق الأخ من الأبوين ، فإنه لا يرث إلا ميراثاً واحداً ، فإن قرابة الأم لا ترث بها مفردة .

ظ ٩٣/٦

فصل : فحصل خلاف ابن مسعود فى مسائل سيئ ، هذه إحداهن ، والثانية ، فى بنت وبنت ابن وابن ابن ، الباقي عنده للابن دون أخواته . الثالثة ، فى أخوات ^(١٥) لابوين وأخ ^(١٦) وأخوات لأب ، الباقي عنده للأخ دون أخواته . الرابعة ، بنت وابن ابن وبنت ابن ، عنده لبنات الابن الأضر بهن من السدس أو المقاسمة . الخامسة ، أخت

(١١) فى م : « فى » .

(١٢) فى الأصل ، م : « ثم » .

(١٣) سقط من : الأصل . وهو اسم كان .

(١٤) فى م : « أخ م » خطأ .

(١٥-١٥) فى م : « الأبوين » .

لأَبَوَيْنِ وَأَخٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبٍ ، لِلأَخَوَاتِ عِنْدَهُ الْأَصْرُ بِهِنَّ مِنْ ذَلِكَ . السادسة ، كَانَ يَحْجُبُ الزَّوْجَيْنِ وَالْأُمَّ بِالْكَفَّارِ وَالْعَبِيدَ وَالْقَاتِلِينَ ، وَلَا يُورَثُهُمْ .

فصل : ابْنُ ابْنِ عَمٍّ هُوَ أَخٌ لِأُمٍّ ، وَابْنُ ابْنِ عَمٍّ آخَرُ ، لِلأَخِ السُّدُسُ ، وَالْباقِي بَيْنَهُمَا . وَعِنْدَ ابْنِ مَسْعُودٍ ، الْكُلُّ لِلأَخِ ، وَسَقَطَ الْآخَرُ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ابْنُ أَخٍ لِأُمٍّ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ بِقَرَابَةِ الْأَخَوَةِ ؛ لِأَنَّ ابْنَ الْأَخِ لِلأُمِّ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، وَإِنْ كَانَ عَمَّانَ ؛ أَحَدُهُمَا خَالَ لِأُمٍّ ، لَمْ يُرْجَعْ بِخُؤُولَتِهِ . وَقِيلَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُرْجَعُ بِهَا . وَالثَّانِي ، يُرْجَعُ بِهَا عَلَى الْعَمِّ الَّذِي هُوَ مِنْ أَبِي ، فَيَأْخُذُ الْمَالَ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ الْجَدِّ وَالْجَدَّةِ ، وَالْآخَرُ ابْنُ الْجَدِّ لِأَخِي . وَإِنْ كَانَ الْعَمُّ الْآخَرُ مِنْ أَبَوَيْنِ ، فَلِمَالُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُدْلِي بِجَدَّةٍ / ، وَهُمَا ابْنَا الْجَدِّ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِي ابْنَتِي عَمٍّ أَحَدُهُمَا خَالَ . أَوْ ابْنَتِي ابْنَتِي عَمٍّ ، أَحَدُهُمَا خَالَ . فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ ، فَلَا أَثَرَ لِهَذَا عِنْدَهُمْ .

فصل : ابْنَا عَمٍّ أَحَدُهُمَا زَوْجٌ . فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَالْباقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ عِنْدَ الْجَمِيعِ . فَإِنْ كَانَ الْآخَرُ أَخًا مِنْ أُمٍّ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلأَخِ السُّدُسُ ، وَالْباقِي بَيْنَهُمَا ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، لِلزَّوْجِ أَرْبَعَةٌ ، ^(١٦) وَلِلأَخِ لِأُمٍّ ^(١٦) اثْنَانِ ، وَتُرْجَعُ بِالِاخْتِصَارِ إِلَى ثَلَاثَةٍ . وَعِنْدَ ابْنِ مَسْعُودٍ ، الْباقِي لِلأَخِ ، فَتَكُونُ مِنْ اثْنَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْمٌ . ثَلَاثَةُ بَنِي عَمٍّ ، أَحَدُهُمْ زَوْجٌ ، وَالْآخَرُ أَخٌ مِنْ أُمٍّ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلأَخِ السُّدُسُ ، وَالْباقِي بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، يُضْرَبُ فِيهَا الثَّلَاثَةُ ، تَكُنُ ^(١٧) ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ تِسْعَةً ، وَلِلأَخِ ثَلَاثَةٌ يَبْقَى سِتَّةُ أَسْهُمٍ ^(١٨) ، عَلَى ثَلَاثَةٍ فَيَحْصُلُ لِلزَّوْجِ أَحَدُ عَشَرَ ، وَهِيَ النِّصْفُ وَالتُّسْعُ ، وَلِلأَخِ خَمْسَةٌ ، وَهِيَ السُّدُسُ وَالتُّسْعُ ، وَلِلثَّالِثِ التُّسْعُ ، سَهْمَانِ ، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ ابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ ، فَالْباقِي كُلُّهُ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ وَالثَّالِثُ

(١٦ - ١٦) فِي النِّسْخِ : « وَالْأُمُّ » .

(١٧) أَيْ : فَإِنْ تَضَرَّبَ تَكُن .

(١٨) فِي الْأَصْلِ ، م : « بَيْنَهُمْ » .

من أبوين ، فالثلث الباقي بينهما ، وتصح من سبعة ، للزوج الثلثان ، ولكل واحد من الآخرين سدس . وابن مسعود في جميع ذلك يجعل الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم .

فصل : أخوان من أم ، أحدهما ابن عم . فالثلث بينهما ، والباقي لابن العم . وتصح من سبعة ، لابن العم خمسة ، وللآخر سهم . ولا خلاف في هذه المسألة ، فإن كانوا ثلاثة إخوة ، أحدهم ابن عم ، فالثلث بينهم على ثلاثة ، والباقي لابن العم ، وتصح من تسعة . وإن كان اثنين منهم ابني عم ، فالباقي بعد الثلث بينهما ، وتصح من تسعة .

فصل : ثلاثة إخوة لأم ، أحدهم ابن عم ، وثلاثة بنى عم ، أحدهم أخ لأم ، فاضمن واحدا من كل عدد إلى العدد الآخر ، يصير معك أربعة بنى عم ، وأربعة إخوة ، فهم ستة في العدد ، وفي الأحوال ثمانية ، ثم اجعل الثلث للإخوة على أربعة ، والثلثين / ٩٤/٦ ظ على بنى العم على أربعة ، فتصح من اثني عشر ، لكل أخ مفرد سهم ، ولكل ابن عم مفرد سهمان ، ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة ، فيحصل لهما النصف ، وللأربعة الباقين النصف . وعلى قول عبد الله ، للإخوة الثلث ، والباقي لابني العم اللذين هما أخوان^(١) . والله أعلم .

(١٩) في الأصل ، م : ه أخوات .

باب أصول سهام الفرائض التي تعول

مَعْنَى أَصُولِ الْمَسَائِلِ الْمَخَارِجُ الَّتِي تَخْرُجُ مِنْهَا فُرُوضُهَا ، وَأَصُولُ الْمَسَائِلِ كُلُّهَا سَبْعَةٌ ؛ لِأَنَّ الْفُرُوضَ الْمَحْدُودَةَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى سِتَّةٌ ؛ النِّصْفُ ، والرُّبْعُ ، وَالثُّمْنُ ، وَالثَّلَاثَانِ ، وَالثُّلُثُ ، وَالسُّدُسُ . وَمَخَارِجُ هَذِهِ الْفُرُوضِ مُفْرَدَةٌ خَمْسَةٌ ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ وَالثُّلُثَيْنِ مَخْرَجُهُمَا وَاحِدٌ ، وَالنِّصْفُ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَالثُّلُثُ وَالثَّلَاثَانِ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَالرُّبْعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، وَالسُّدُسُ مِنْ سِتَّةٍ ، وَالثُّمْنُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، وَالرُّبْعُ مَعَ السُّدُسِ أَوْ الثَّلَاثُ أَوْ الثُّلُثَيْنِ مِنْ اثْنَتَيْ عَشَرَ ، وَالثُّمْنُ مَعَ السُّدُسِ أَوْ الثُّلُثَيْنِ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، فَصَارَتْ سَبْعَةٌ . وَهَذِهِ الْفُرُوضُ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، النِّصْفُ وَنِصْفُهُ وَنِصْفُ نِصْفِهِ . وَالثَّانِي ، الثُّلُثَانِ وَنِصْفُهُمَا وَنِصْفُ نِصْفِهِمَا . وَكُلُّ مَسْأَلَةٍ فِيهَا فَرَضٌ مُفْرَدٌ فَأَصْلُهَا مِنْ مَخْرَجِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا فَرَضَانِ يُؤْخَذُ أَحَدُهُمَا مِنْ مَخْرَجِ الْآخَرِ فَأَصْلُهَا مِنْ مَخْرَجِ أَقْلَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا فَرَضَانِ مِنْ نَوْعَيْنِ لَا يُؤْخَذُ أَحَدُهُمَا مِنْ مَخْرَجِ الْآخَرِ ، فَاضْرِبْ أَحَدَ الْمَخْرَجَيْنِ فِي الْآخَرِ ، أَوْفَقَهُ ، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ ، وَفِيهَا يَكُونُ الْعَوْلُ ؛ لِأَنَّ الْعَوْلَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي مَسْأَلَةٍ تَزْدَجِمُ فِيهَا الْفُرُوضُ ، وَلَا يَتَسَعَّى الْمَالُ لَهَا ، فَكُلُّ مَسْأَلَةٍ فِيهَا نِصْفٌ وَفَرَضٌ مِنَ النَّوْعِ الْآخَرِ فَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ؛ لِأَنَّ مَخْرَجَ النِّصْفِ اثْنَانِ ، وَمَخْرَجَ الثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ ثَلَاثَةٌ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنُ ^(١) سِتَّةً ، وَهَكَذَا سَائِرُهَا .

وَالْمَسَائِلُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْرُبٍ ؛ عَادِلَةٌ ، وَعَائِلَةٌ ، وَرَدٌّ . فَالْعَادِلَةُ ، الَّتِي يَسْتَوِي مَالُهَا وَفُرُوضُهَا . وَالْعَائِلَةُ الَّتِي تَزِيدُ فُرُوضُهَا عَنْ مَالِهَا . وَالرَّدُّ الَّتِي يُفْضَلُ مَالُهَا عَنْ فُرُوضِهَا . وَلَا عَصَبَةَ فِيهَا . / وَسَنَذَكُرُ أَمْثَلَهُ هَذِهِ الْأَصْرُبِ فِي هَذَا الْبَابِ ، بِعَوْنِ اللَّهِ .

(١) أى : فإن تضرب تكن .

١٠٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَا فِيهِ نِصْفٌ وَسُدُسٌ ، أَوْ نِصْفٌ وَثُلُثٌ ، أَوْ نِصْفٌ وَثُلُثَانٍ ، فَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَإِلَى ثَمَانِيَةٍ وَإِلَى تِسْعَةٍ وَإِلَى عَشْرَةٍ ، وَلَا تَعُولُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)

أَمَّا إِذَا كَانَ نِصْفٌ وَسُدُسٌ . فَإِنَّ مَخْرَجَ النِّصْفِ اثْنَانِ ، وَيُوجَدُ ذَلِكَ فِي مَخْرَجِ السُّدُسِ وَهُوَ السِّتَّةُ ، فَكَانَ أَصْلُهَا جَمِيعاً سِتَّةً ، وَهَكَذَا لَوْ كَانَ سُدُسٌ وَثُلُثٌ أَوْ ثُلُثَانٍ ، فَأَصْلُهَا مِنْ مَخْرَجِ السُّدُسِ ، لَا يَزِيدُ عَلَيْهِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ النِّصْفُ وَالثُّلُثَانِ أَوْ الثُّلُثُ ، فَإِنَّ مَخْرَجَ النِّصْفِ اثْنَانِ ، وَمَخْرَجَ الثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ ثَلَاثَةٌ ، وَلَا وَفَقَ بَيْنَهُمَا ، فَاضْرِبْ أَحَدَ الْمَخْرَجَيْنِ فِي الْآخَرِ ، تَكُنْ سِتَّةً ، وَيَصِيرُ كُلُّ كَسْرٍ بَعْدَ مَخْرَجِ الْآخَرِ وَيَدْخُلُ الْعَوْلُ هَذَا الْأَصْلَ ، لِازْدِحَامِ الْفُرُوضِ فِيهِ ، وَهُوَ أَكْثَرُهَا عَوَلاً . وَالْعَوْلُ زِيَادَةٌ فِي السَّهَامِ ، وَنُقْصَانٌ فِي أَنْصِبَاءِ الْوَرَثَةِ ، وَأَمثلةُ ذَلِكَ ؛ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأَخٌ مِنْ أُمٍّ ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ ، زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأَخَوَانِ مِنْ أُمٍّ ، بِنْتُ وَأُمٌّ وَعَمٌّ ، أَوْ عَصَبَةٌ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ وَأَخٌ مِنْ أُمٍّ أَوْ أُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ ، أَبَوَانِ وَبَنَتَانِ وَبِنْتُ وَأَبَوَانِ ، بِنْتُ وَبَنْتُ ابْنٍ وَأَبَوَانِ أَوْ جَدٌّ وَجَدَّةٌ ، الْعَوْلُ زَوْجٌ وَأَخْتَانِ مِنْ أَبَوَيْنِ أَوْ مِنْ أَبٍ أَوْ إِحْدَاهُمَا مِنْ أَبَوَيْنِ وَالْأُخْرَى مِنْ أَبٍ أَوْ أُمٍّ ، أَوْ أَخْتُ مِنْ أَبٍ وَأَخْتُ^(١) مِنْ أُمٍّ ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ ، زَوْجٌ وَأَخْتُ ، وَجَدَّةٌ أَوْ أَخٌ لِأُمٍّ ، سِتُّ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ وَأُمٌّ . أَخْتُ لِأَبٍ وَأُمٌّ ، وَأَخْتُ لِأَبٍ ، وَأُمٌّ ، وَأَخَوَانِ لِأُمٍّ . عَوْلُ ثَمَانِيَةٍ : زَوْجٌ وَأَخْتُ وَأُمٌّ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأَخْتِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ سَهْمَانِ ، تَعُولُ إِلَى ثَمَانِيَةٍ ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمُبَاهَلَةِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أَخْتُ أُخْرَى / مِنْ أَى جِهَةٍ كَانَتْ ، أَوْ أَخٌ مِنْ أُمٍّ فَهِيَ مِنْ ثَمَانِيَةٍ أَيْضاً . عَوْلُ تِسْعَةٍ : زَوْجٌ وَسِتُّ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، تَعُولُ إِلَى تِسْعَةٍ ، وَتُسَمَّى الْغُرَاءَ ، زَوْجٌ وَأُمٌّ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ^(٢) . كَذَلِكَ . عَوْلُ عَشْرَةٍ : زَوْجٌ وَأُمٌّ وَسِتُّ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ^(٣) تَعُولُ إِلَى عَشْرَةٍ ، وَتُسَمَّى أُمُّ الْفُرُوجِ ، لِكثَرَةِ عَوْلِهَا ، لِأَنَّهَا عَالَتْ بِثُلُثَيْهَا ، فَشَبَّهُوا الْأَصْلَ بِالْأُمِّ ، وَالْعَوْلُ بِالْفُرُوجِ . وَيُرْوَى أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى شُرَيْحٍ ، فَقَالَ : إِنَّ امْرَأَتِي

ظ ٩٥/٦

(١) ف م : أَوْ أَخْتُ .

(٢-٣) سقط من : م . وفي النسخ : زَوْجٌ لِأُمٍّ .

ماتت ، ولم تترك ولداً ، فكم لي من ميراثها ؟ قال : لك النصف ، فمن خلقت ؟ قال : خلقت أمها وأختيها من أبيها وأختيها من أمها وأنا . قال : لك ثلاثة أسهم من عشرة . فخرج الرجل فقال : ألا تعجبون من قاضيكم ؟ قال : لى النصف . فوالله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً . فقال له شريح : ألا^(٣) إنك ترى قاضياً ظالماً ، وأنا أراك رجلاً فاجراً ، تكسب القصة وتديع الفاحشة . ومتى عالت المسألة إلى تسعة أو إلى عشرة ، لم يكن الميت إلا^(٤) امرأة ؛ لأنها لا بد فيها من زوج ، ولا يمكن أن تعمل المسألة إلى أكثر من هذا ، ولا يمكن أن يجمع فروض أكثر من هذا . وطريق العمل في العول ، أن تأخذ الفروض من أصل المسألة ، وتضم بعضها إلى بعض ، فما بلغت السهام فإليه ينتهي ، فنقول في زوج وأم وست أخوات مفترقات : للزوج النصف ثلاثة ، وللأم السدس سهم ، وللأختين الثلثان أربعة وللأختين من الأم الثلث سهمان ، صارت عشرة .

١٠١٠ - مسألة ؛ قال : (وما فيه ربع وسدس ، أو ربع وثلث ، أو ربع وثلثان ، فأصلها من اثني عشر ، وتعمل إلى ثلاثة عشر ، وإلى خمسة عشر ، وإلى سبعة عشر ، ولا تعمل إلى أكثر من ذلك)

إنما كان أصلها من اثني عشر ؛ لأن مخرج الربع أربعة ، ومخرج الثلث ثلاثة ، ولا وفق بينهما ، فإذا ضربت أحدهما في الآخر ، كان اثني عشر ، فإن كان مع الربع سدس فبين الستة والأربعة موافقة ، فإذا ضربت / وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر ، ولا بد في هذا الأصل من أحد الزوجين ، لأنه لا بد فيها من ربع ، ولا يكون فرضاً لغيرهما . وأمثلة ذلك ؛ زوج وأبوان وخمسة بنين ، للزوج الربع ثلاثة وللأبوين^(١) السدسان ، يبقى خمسة لكل ابن سهم . زوج وابنتان وأخت أو عصبية . امرأة وأختان للأبوين أو

(٣) سقط من : ١ .

(٤) سقط من : م . وفي : لا .

(١) في م : ثلاثون ، خطأ .

لِأَبٍ أَوْ أُخْتَانِ لِأُمٍّ وَعَصَبَةٍ . امْرَأَةٌ وَأُخْوَانٍ لِأُمٍّ وَسَبْعَةٌ إِخْوَةٌ لِأَبٍ . الْعَوْلُ زَوْجٌ وَابْنَتَانِ وَأُمٌّ ، تَعُولُ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ . امْرَأَةٌ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرَقَاتٍ . زَوْجٌ وَأَبَوَانِ وَابْنَتَانِ . تَعُولُ إِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ . امْرَأَةٌ وَأُخْتَانِ مِنْ أُمٍّ . امْرَأَةٌ وَأُمٌّ وَسِتُّ أَخَوَاتٍ مُفْتَرَقَاتٍ . تَعُولُ إِلَى سَبْعَةِ عَشَرَ . ثَلَاثُ نِسْوَةٍ وَجَدَّتَانِ وَأَرْبَعُ أَخَوَاتٍ لِأُمٍّ وَثَمَانِ لِأَبٍ . تَعُولُ إِلَى سَبْعَةِ عَشَرَ ، وَيَصِيحُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ سَهْمٌ ، وَتُسَمَّى أُمُّ الْأَرَامِلِ ، وَيُعَانِي ^(٢) بِهَا ، فَيَقَالُ : سَبْعَ عَشْرَةَ امْرَأَةً مِنْ جِهَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ ، اقْتَسَمْنَ مَالَ مَيِّتٍ بِالسَّوِيَّةِ لِكُلِّ امْرَأَةٍ سَهْمٌ . وَهِيَ هَذِهِ ، وَلَا تَعُولُ هَذَا الْأَصْلُ إِلَى أَكْثَرٍ مِنْ هَذَا ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُكْمَلَ هَذَا الْأَصْلُ بِفُرُوضٍ مِنْ غَيْرِ عَصَبَةٍ وَلَا عَوْلٍ ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ تَعُولَ إِلَّا عَلَى الْأَفْرَادِ ؛ لِأَنَّ فِيهَا فَرْضًا يُبَايِنُ سَائِرَ فُرُوضِهَا ، وَهُوَ الرُّبْعُ ، فَإِنَّهُ ثَلَاثَةٌ وَهِيَ فَرْدٌ ، وَسَائِرُ فُرُوضِهَا يَكُونُ زَوْجًا ، فَالْسُّدُسُ اثْنَانِ ، وَالثَّلْثُ أَرْبَعَةٌ ، وَالثَّلَاثَانُ ثَمَانِيَّةٌ ، وَالنِّصْفُ سِتَّةٌ . وَتَمَّتْ عَالَتْ إِلَى سَبْعَةِ عَشَرَ ، لَمْ يَكُنِ الْمَيْتُ فِيهَا إِلَّا رَجُلًا .

١٠١١ - مسألة ؛ قال : (وَمَا كَانَ فِيهِ ثُمْنٌ وَسُدُسٌ ، أَوْ ثُمْنٌ وَسُدَسَانِ ، أَوْ ثُمْنٌ وَثَلَاثَانِ ، فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ ، وَلَا تَعُولُ إِلَى أَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّكَ تَضْرِبُ مَخْرَجَ الثُّمَنِ فِي مَخْرَجِ الثَّلَاثِينَ ، أَوْ فِي وَفْقِ مَخْرَجِ السُّدُسِ ، فَيَكُونُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ ، وَلَمْ تَقُلْ : وَثَلْثٌ ؛ لِأَنَّ الثَّلْثَ لَا يَجْتَمِعُ مَعَ الثُّمَنِ ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ إِلَّا لِلزَّوْجَةِ مَعَ الْوَلَدِ ، وَلَا يَكُونُ الثَّلْثُ / فِي مَسْأَلَةٍ فِيهَا وَلَدٌ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) لَا يَكُونُ إِلَّا لِوَلَدِ الْأُمِّ ، وَالْوَلَدُ يُسْقِطُهُمْ ، أَوْ لِلْأُمِّ ^(٢) بِشَرْطِ عَدَمِ الْوَلَدِ . وَمَسَائِلُ ذَلِكَ : امْرَأَةٌ وَأَبَوَانِ وَابْنٌ ^(٣) أَوْ ابْنَانِ ^(٤) ، أَوْ بَنُونَ وَبَنَاتٌ . امْرَأَةٌ وَابْنَتَانِ وَأُمٌّ وَعَصَبَةٌ . ثَلَاثُ نِسْوَةٍ وَأَرْبَعُ جَدَّاتٍ وَسِتُّ عَشْرَةَ بِنْتًا وَأُخْتُ . امْرَأَةٌ وَبْنْتُ ابْنٍ وَجَدَّةٌ ،

ط ٩٦/٦

(٢) المعاينة : نوع من الإلغاز ، يظهر به عيُّ المرء .

(١) في ١ : « فَإِنَّهُ » .

(٢) في م : « لَأُمٍّ » .

(٣-٤) سقط من : الأصل ، ١ .

وَعَصَبَةٌ . الْعَوْلُ : امْرَأَةٌ وَأَبَوَانِ وَابْنَتَانِ . تَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتُسَمَّى الْبَخِيلَةَ ؛ لِأَنَّهَا أَقَلُّ الْأَصُولِ عَوْلًا ، لَمْ تَعْلُ إِلَّا بِثَمَنِهَا ، وَتُسَمَّى الْمُنْبَرِيَّةَ ، لِأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، سُئِلَ عَنْهَا عَلَى الْمُنْبَرِ ، فَقَالَ : صَارَ ثَمْنُهَا ثُسْعًا . وَمَضَى فِي خُطْبَتِهِ . يَعْنِي أَنَّ الْمَرْأَةَ كَانَ لَهَا الثَّمَنُ ، ثَلَاثَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، صَارَ لَهَا بِالْعَوْلِ ثَلَاثَةٌ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَهِيَ الثُّسْعُ . وَلَا يَكُونُ الْمَيْتُ فِي هَذَا الْأَصْلِ إِلَّا رَجُلًا ؛ لِأَنَّ فِيهَا ثَمَنًا ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِلْمَرْأَةِ مَعَ الْوَلَدِ ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَعُولَ هَذَا الْأَصْلُ إِلَى أَكْثَرِ مِنْ هَذَا ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، فَإِنَّهُ يَحْجُبُ الزَّوْجَيْنِ وَالْأُمَّ بِالْوَلَدِ الْكَافِرِ ، وَالْقَاتِلِ ، وَالرَّقِيقِ ، وَلَا يُورَثُهُ . فَعَلَى قَوْلِهِ ، إِذَا كَانَتْ امْرَأَةٌ وَأُمٌّ ، وَسِتُّ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ وَوَلَدٌ كَافِرٌ ، فَلِلْأَخَوَاتِ الثُّلُثُ ، وَالثَّلَاثَانِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلْأُمِّ وَالْمَرْأَةِ السُّدُسُ ، وَالثَّمَنُ سَبْعَةٌ ، فَتَعُولُ إِلَى أَحَدٍ وَثَلَاثِينَ .

فُصُولٌ فِي تَصْحِيحِ الْمَسَائِلِ

وَإِذَا لَمْ تَنْقَسِمِ سِهَامُ فَرِيقٍ مِنَ الْوَرَثَةِ عَلَيْهِمْ قِسْمَةً صَحِيحَةً ، فَاضْرِبْ عَدَدَهُمْ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ^(١) وَعَوَّلِهَا إِنْ كَانَتْ عَائِلَةً ، إِلَّا أَنْ يُوَافِقَ عَدَدُهُمْ سِهَامَهُمْ بِنَصْفٍ ، أَوْ ثُلُثٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَجْزَاءِ ، فَيُجْزِئُكَ ضَرْبُ وَفْقِ عَدَدِهِمْ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوَّلِهَا إِنْ كَانَتْ عَائِلَةً ، فَمَا بَلَغَ فَمِنْهُ تَصَحُّحٌ ، فَإِذَا أَرَدْتَ الْقِسْمَةَ فَكُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ مَضْرُوبٌ فِي الْعَدَدِ الَّذِي ضَرَبْتَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى جُزْءَ السَّهْمِ ، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ لَهُ إِنْ كَانَ وَاحِدًا ، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً قَسَّمْتُهُ عَلَيْهِمْ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : إِذَا كَانَ الْكَسْرُ عَلَى / فَرِيقٍ وَاحِدٍ فَلِوَاحِدِهِمْ بَعْدَ التَّصْحِيحِ مِثْلُ مَا كَانَ لِجَمَاعَتِهِمْ قَبْلَ التَّصْحِيحِ ، أَوْ وَفَقَهُ إِنْ كَانَ وَافَقَ ، مِثَالُ ذَلِكَ ، زَوْجٌ ، وَأُمٌّ ، وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ سَهْمٌ ، يَبْقَى^(٢) لِلْإِخْوَةِ سَهْمَانِ ، لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا تُوَافِقُهُمْ ، فَاضْرِبْ عَدَدَهُمْ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ فِي ثَلَاثَةِ تِسْعَةٍ ، وَلِلْأُمِّ سَهْمٌ فِي ثَلَاثَةِ ثَلَاثَةٍ ، وَلِلْإِخْوَةِ سَهْمَانِ فِي ثَلَاثَةِ تَكُنْ سِتَّةً ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سَهْمَانِ . وَلَوْ كَانَ الْإِخْوَةُ سِتَّةً ، وَافَقَتْهُمْ سِهَامُهُمْ بِالنِّصْفِ ، فَتَرُدُّهُمْ^(٣) إِلَى نِصْفِهِمْ ثَلَاثَةً^(٤) ، وَتَعْمَلُ فِيهَا كَعَمَلِكَ فِي الْأُولَى سَوَاءً ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْإِخْوَةِ سَهْمٌ ، وَهُوَ وَفْقُ سِهَامِ جَمَاعَتِهِمْ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْكَسْرُ عَلَى فَرِيقَيْنِ ، لَمْ تَحُلْ مِنْ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ

(١) فِي ١ : « مَسَائِلُهُمْ » .

(٢) فِي م : « بَقِيَ » .

(٣) فِي م : « فَرَدَّهُمْ » .

(٤) أَيْ : وَهُوَ ثَلَاثَةٌ .

الْعَدَدَانِ مُتَمَائِلَيْنِ ، فَيُجْزِئُكَ ضَرْبُ أَحَدِهِمَا فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ ، زَوْجٌ ،
وِثْلَاثُ جَدَّاتٍ ، وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، لِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْجَدَّاتِ سَهْمٌ ،
وَلِلْإِخْوَةِ سَهْمَانِ ، فَتَضْرِبُ أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ ، تُكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَطَرِيقُ
الْقِسْمَةِ فِيهَا مِثْلُ طَرِيقِهَا إِذَا كَانَ الْكَسْرُ عَلَى فَرِيقٍ وَاحِدٍ سَوَاءً . وَلَوْ كَانَ الْإِخْوَةُ سِتَّةً ،
وَأَفَقُوا سَهْمَهُمْ بِالنِّصْفِ ، رَجَعُوا إِلَى ثَلَاثَةٍ ، وَكَانَ الْعَمَلُ فِيهَا كَمَا ذَكَرْنَا سَوَاءً . الْقِسْمُ
الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ الْعَدَدَانِ مُتَنَاسِبَيْنِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا يَنْتَسِبُ إِلَى الْآخَرِ بِجُزْءٍ
مِنْ أَجْزَائِهِ ، كِنِصْفِهِ وَثُلُثِهِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَجْزَاءِ ، فَيُجْزِئُكَ ضَرْبُ الْعَدَدِ الْأَكْثَرِ
مِنْهُمَا فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَمِثَالُهُ مَا لَوْ كَانَ الْجَدَّاتُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ سِتًّا ، فَإِنَّ عَدَدَ الْإِخْوَةِ (٥)
يَنْصَفُ عَدَدَ الْجَدَّاتِ ، فَاجْتَزَى بِعَدَدِهِنَّ ، وَاضْرِبُهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، تُكُنْ سِتَّةً
وِثْلَاثَيْنِ ، وَمِنْهَا تَصُحُّ . وَلَوْ كَانَ عَدَدُ الْإِخْوَةِ سِتَّةً ، وَأَفَقْتُهُمْ سَهْمَهُمْ بِالنِّصْفِ ،
وَرَجَعُوا إِلَى ثَلَاثَةٍ ، وَعَمِلْتَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَكُونَ الْعَدَدَانِ
مُتَبَايِنَيْنِ ، لَا يُمَازِلُ أَحَدُهُمَا / الْآخَرَ ، وَلَا يُنَاسِبُهُ ، وَلَا يُوَافِقُهُ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ عَدَدُ
الْجَدَّاتِ أَرْبَعًا وَالْإِخْوَةُ ثَلَاثَةً ، فَإِنَّكَ تَضْرِبُ عَدَدَ أَحَدِهِمَا فِي جَمِيعِ الْأَجْزَاءِ ، فَمَا بَلَغَ
ضَرْبُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَمَتَى ضَرْبُهُ هَهُنَا كَانَ اثْنَيْ عَشَرَ ، فَإِذَا ضَرْبُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ كَانَتْ
اِثْنَيْنِ وَسَبْعَيْنِ . وَإِنْ وَافَقَ أَحَدُ الْعَدَدَيْنِ سَهْمَهُ دُونَ الْآخَرِ ، أَخَذْتَ وَفْقَ الْمُوَافِقِ ،
وَضَرْبُهُ فِيمَا لَمْ يُوَافِقِ ، وَعَمِلْتَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ وَافَقَا جَمِيعًا سَهْمَهُمَا ، رَدَدْتُهُمَا
إِلَى وَفْقِهِمَا ، وَعَمِلْتَ فِي الْوَفْقَيْنِ عَمَلَكَ فِي الْعَدَدَيْنِ الْأَصْلِيَيْنِ . الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، أَنْ
يَكُونَ الْعَدَدَانِ مُتَّفِقَيْنِ بِنِصْفٍ ، أَوْ ثُلُثٍ ، أَوْ رُبُعٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَجْزَاءِ ، فَإِنَّكَ تَرُدُّ
أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ إِلَى وَفْقِهِ ، ثُمَّ تَضْرِبُهُ فِي جَمِيعِ الْآخَرِ ، فَمَا بَلَغَ ضَرْبُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ ،
وَمِثَالُهُ ، أَنْ تَكُونَ الْإِخْوَةُ تِسْعَةً ، وَالْجَدَّاتُ سِتًّا ، فَيَتَّفِقَانِ بِالثُّلُثِ ، فَتَرُدُّ الْجَدَّاتِ إِلَى
ثَلَاثَيْنِ ، وَتَضْرِبُهُمَا فِي عَدَدِ الْإِخْوَةِ ، تُكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ثُمَّ تَضْرِبُ ذَلِكَ فِي أَصْلِ

٩٧/٦ ط

(٥) فِي م : : الْأَخْوَات . .

الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ مِائَةٌ وَتَمَانِيَةٌ ، وَمِنْهَا تَصِيحٌ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْكَسْرُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَحْيَاٍ ، نَظَرْتُ ، فَإِنْ كَانَتْ مُتَمَاتِلَةً ، كَثَلَاتٍ جَدَّاتٍ وَثَلَاثَ بَنَاتٍ وَثَلَاثَةَ أَعْمَامٍ ، ضَرَبْتُ أَحَدَهَا فِي الْمَسْأَلَةِ ، فَمَا بَلَغَ فَمِنْهُ تَصِيحٌ الْمَسْأَلَةِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بَعْدَ التَّصْحِيحِ مِثْلُ مَا كَانَ لِجَمَاعَتِهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ مُتَنَاسِبَةً ، كَجَدَّتَيْنِ وَخَمْسِ بَنَاتٍ وَعَشْرَةِ أَعْمَامٍ ، اجْتَزَأَتْ بِأَكْثَرِهَا ، وَهِيَ الْعَشْرَةُ ، فَضَرَبْتُهَا فِي الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ سِتِينَ ، وَمِنْهَا تَصِيحٌ . وَإِنْ كَانَتْ مُتَبَايِنَةً ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْأَعْمَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةً ، ضَرَبْتُ بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ ، تَكُنْ ثَلَاثِينَ ، ثُمَّ ضَرَبْتُهَا فِي الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ مِائَةٌ وَتَمَانِينَ . وَإِنْ كَانَتْ مُتَوَافِقَةً ، كَسَبْتُ جَدَّاتٍ وَتِسْعَ بَنَاتٍ وَخَمْسَةَ عَشَرَ عَمًّا ، ضَرَبْتُ وَفَقَ عَدَدٍ مِنْهَا فِي جَمِيعِ الْآخِرِ ، فَمَا بَلَغَ وَافَقَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّالِثِ ، وَضَرَبْتُ وَفَقَهُ فِي جَمِيعِ الثَّالِثِ ، «ثُمَّ اضْرِبْ مَا مَعَكَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ» ، فَمَا بَلَغَ فَمِنْهُ تَصِيحٌ . وَإِنْ تَمَازَلَتْ اِثْنَانِ مِنْهَا وَبَايَنَهُمَا الثَّالِثُ ، أَوْ وَافَقَهُمَا ، ضَرَبْتُ أَحَدَ الْمُتَمَاتِلَيْنِ فِي جَمِيعِ الثَّالِثِ ، أَوْ فِي وَفَقِهِ إِنْ كَانَ مُوَافِقًا ، / فَمَا بَلَغَ ضَرَبْتُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ . وَإِنْ تَنَاسَبَ اِثْنَانِ ، وَبَايَنَهُمَا الثَّالِثُ ، ضَرَبْتُ أَكْثَرَهُمَا فِي جَمِيعِ الثَّالِثِ ، أَوْ فِي وَفَقِهِ إِنْ كَانَ مُوَافِقًا ، ثُمَّ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَإِنْ تَوَافَقَ اِثْنَانِ ، وَبَايَنَهُمَا الثَّالِثُ ، ضَرَبْتُ وَفَقَ أَحَدَهُمَا فِي جَمِيعِ الْآخِرِ ، ثُمَّ فِي الثَّالِثِ ، وَإِنْ تَبَايَنَ اِثْنَانِ ، وَوَافَقَهُمَا الثَّالِثُ ، كَأَرْبَعَةِ أَعْمَامٍ ، وَسِتِّ جَدَّاتٍ ، وَتِسْعِ بَنَاتٍ ، أَجْزَأَكَ ضَرْبُ أَحَدِ الْمُتَبَايِنَيْنِ فِي الْآخِرِ ، ثُمَّ تَضْرِبُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَيُسَمَّى هَذَا الْمُوقُوفَ الْمُقَيَّدَ ؛ لِأَنَّكَ إِذَا أَرَدْتَ وَقْفَ أَحَدِهِمَا ، لَمْ يَقِفْ إِلَّا السُّتَّةُ ، وَلَوْ وَقَفَتْ غَيْرُهَا ، مِثْلُ أَنْ تَقِفَ التَّسْعَةُ ، وَتُرَدُّ السُّتَّةُ إِلَى الْاِثْنَيْنِ لَدَخَلَا^(٧) فِي الْأَرْبَعَةِ ، وَأَجْزَأَكَ ضَرْبُ الْأَرْبَعَةِ فِي التَّسْعَةِ ، وَلَوْ وَقَفَتْ الْأَرْبَعَةُ ، رَدَدْتَ السُّتَّةَ إِلَى ثَلَاثَةٍ ، وَدَخَلَتْ فِي التَّسْعَةِ ، وَأَجْزَأَكَ ضَرْبُ الْأَرْبَعَةِ فِي التَّسْعَةِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الْأَعْدَادُ الثَّلَاثَةُ مُتَوَافِقَةً ، فَإِنَّهُ يُسَمَّى الْمُوقُوفَ الْمُطْلَقَ ، وَفِي عَمَلِهَا طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلِ ، وَهُوَ طَرِيقُ الْكُوفِيِّينَ . وَالثَّانِي ، طَرِيقُ

٩٨/٦

(٦-٦) سقط من: الأصل ، ١ .

(٧) في م : (أدخل) .

البصريين ، وهو أن يَقِفَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ ، وتُوافِقَ بينه وبين الآخرَينِ ، وتُرُدُّهُمَا إِلَى وَفَقِهِمَا ، ثم تَنْظُرُ فِي الْوَقْفَيْنِ ، فَإِنْ كَانَا مُتَمَاثِلَيْنِ ، ضَرَبْتَ أَحَدَهُمَا فِي الْمَوْقُوفِ ، وَإِنْ كَانَا مُتَنَاسِبَيْنِ ، ضَرَبْتَ أَكْثَرَهُمَا ، وَإِنْ كَانَا مُتَبَايِنَيْنِ ، ضَرَبْتَ أَحَدَهُمَا فِي الْآخَرِ ، ثم فِي الْمَوْقُوفِ ، وَإِنْ كَانَا مُتَوَافِقَيْنِ ، ضَرَبْتَ وَفَقَ أَحَدِهِمَا فِي جَمِيعِ الْآخَرِ ، ثم فِي الْمَوْقُوفِ ، فَمَا بَلَغَ ضَرْبَتُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ : عَشْرُ جَدَّاتٍ وَاثْنَا عَشَرَ عَمًّا وَخَمْسَ عَشْرَةَ بِنْتًا ، فَيَقِفُ ^(٨) الْعَشْرَةَ ، تُوافِقُهَا الْاثْنَا عَشَرَ بِالنِّصْفِ ، فترْجِعُ إِلَى سِتِّينَ ، وتُوافِقُهَا الْخَمْسَ عَشْرَةَ بِالْأَخْمَاسِ ، فترْجِعُ إِلَى ثَلَاثَةِ ، وَهِيَ دَاخِلَةٌ فِي السِّتَةِ ، فَتَضْرِبُ السِّتَةَ فِي الْعَشْرَةِ ، تُكُنْ سِتِّينَ ، ثم فِي الْمَسْأَلَةِ ، تُكُنْ ثَلَاثُمِائَةٍ وَسِتِّينَ . وَإِنْ وَقَفْتَ الْاثْنَا عَشَرَ ، رَجَعْتَ الْعَشْرَةَ إِلَى نِصْفِهَا خَمْسَةَ ، وَالْخَمْسَ عَشْرَةَ إِلَى ثُلُثِهَا خَمْسَةَ ، وَهَما مُتَمَاثِلَانِ ، فَتَضْرِبُ خَمْسَةَ / فِي اثْنِي عَشَرَ ، تُكُنْ سِتِّينَ ، وَإِنْ وَقَفْتَ الْخَمْسَ عَشْرَةَ ، رَجَعْتَ الْعَشْرَةَ إِلَى اثْنَيْنِ ، وَالْاثْنَا عَشَرَ إِلَى أَرْبَعَةٍ ، وَدَخَلَ الْاثْنَانِ فِي الْأَرْبَعَةِ ، فَتَضْرِبُهَا فِي الْخَمْسَ عَشْرَةَ ، تُكُنْ سِتِّينَ ، ثم فِي الْمَسْأَلَةِ .

٩٨/٦ ظ

فصل : فِي مَعْرِفَةِ الْمُوَافَقَةِ ، وَالْمُنَاسِبَةِ ، وَالْمُبَايَنَةِ ، الطَّرِيقُ فِي ذَلِكَ أَنْ تُلْقَى أَقَلُّ الْعَدَدَيْنِ مِنْ أَكْثَرِهِمَا مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى ، فَإِنْ فَنِيَ بِهِ فَالْعَدَدَانِ مُتَنَاسِبَانِ ، وَإِنْ ^(٩) لَمْ يَفْنِ بِهِ ، وَلَكِنْ بَقِيََتْ مِنْهُ بَقِيَّةٌ ، الْبَقِيَّةُ مِنَ الْعَدَدِ الْأَقْلَ ، فَإِنْ بَقِيََتْ مِنْهُ بَقِيَّةٌ الْبَقِيَّةُ مِنَ الْبَقِيَّةِ الْأُولَى ، وَلَا تَزَالُ كَذَلِكَ تُلْقَى كُلُّ بَقِيَّةٍ مِنَ الَّتِي قَبْلَهَا ، حَتَّى يَصِلَ إِلَى عَدَدٍ يَفْنَى الْمُلْقَى مِنْهُ ، غَيْرَ الْوَاحِدِ ، فَإِذَا بَقِيََتْ فَنِيَ بِهَا غَيْرُ الْوَاحِدِ ، فَالْمُوَافَقَةُ بَيْنَ الْعَدَدَيْنِ بِجُزْءٍ ، وَتِلْكَ الْبَقِيَّةُ إِنْ كَانَتْ اثْنَيْنِ فَبِالْأَنْصَافِ ، وَإِنْ كَانَتْ ثَلَاثَةً فَبِالْثُلَاثِ ، فَإِنْ كَانَتْ أَرْبَعَةً فَبِالْأَرْبَاعِ ، فَإِنْ كَانَتْ أَحَدَ عَشَرَ ، أَوْ اثْنِي عَشَرَ ، أَوْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، فَيُجْزَأُ ذَلِكَ ، وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ ، فَالْعَدَدَانِ مُتَبَايِنَانِ . وَمِمَّا يَدُلُّكَ عَلَى تَنَاسُبِ الْعَدَدَيْنِ ، أَنَّكَ مَتَى زِدْتَ

(٨) فِي ١ : يَقِفُ .

(٩) فِي الْهَادَةِ : كَانَ .

على الأقلِّ مثله أبداً ، ساوى الأَكْثَرُ ، ومتى قَسَمْتَ الأَكْثَرَ على الأقلِّ ، انْقَسَمَ قِسْمَةً صَحِيحَةً ، ومتى نَسَبْتَ الأقلَّ إلى الأَكْثَرِ ، انْتَسَبَ إليه بِجُزْءٍ وَاحِدٍ ، ولا يَكُونُ ذلك إلا في التَّصْنِيفِ فما دُوْنُهُ .

فصل : في مسائلِ المناسخاتِ ، ومعناها أنْ يَمُوتَ مِنْ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ إنسانٌ قَبْلَ قَسَمِ تَرِكَةِ الأَوَّلِ ، فإذا وَجَدَ ذلك نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كان وَرَثَةُ الأَوَّلِ يَرْتُونَ الثَّانِيَّ على حَسَبِ مِيراثِهِمْ مِنْ^(١٠) الأَوَّلِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونُوا عَصَبَةً لهما جَمِيعاً ، وَقَدْ يَتَّفِقُ ذلك في أَصْحَابِ الفُرُوضِ ، في مَسَائِلِ يَسِيرَةٍ ، كَرَجُلٍ ماتَ عن امْرَأَةٍ وثَلَاثَةِ بَنِينَ وَبَنَتٍ ،^(١١) ثُمَّ ماتَ أَحَدُ البَنِينَ قَبْلَ قِسْمَةِ التَّرِكَةِ^(١٢) ، فَإِنَّ لِلْمَرْأَةِ مِنَ الأَوَّلَى^(١٣) سَهْمًا مِثْلَ سَهْمِ البَنَتِ ، وَكِنَصْفِ سَهْمِ ابْنٍ ، وكذلك لها مِنَ الثَّانِيَةِ ، فإذا كان كذلك ، فَاقْسِمِ الْمَسْأَلَةَ على وَرَثَةِ الثَّانِي ، وَلَا تَنْظُرْ إِلَى الأَوَّلِ^(١٤) ، فلو خَلَفَ رَجُلٌ خَمْسَةَ بَنِينَ وَخَمْسَ بَنَاتٍ ، فَمَاتَ مِنْهُنَّ ابْنٌ ، ثُمَّ بَنَتٌ ، ثُمَّ ابْنٌ ، ثُمَّ بَنَتٌ ،^(١٥) ثُمَّ ابْنٌ ، ثُمَّ بَنَتٌ^(١٦) ، / قَسَمْتَ المِيراثَ عَلَى الابْنَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ ، وَالبَنَتَيْنِ ، لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ، ولم يُنْظَرْ في بَقِيَّةِ الْمَسَائِلِ . فَإِنْ كانَ مَعَهُمْ مَنْ يَرِثُ مِنَ الأَوَّلَى دُونَ مَا بَقِيَ ، كَمَا لو كانَ مَعَ هؤُلاءِ امْرَأَةً لِلْمَيِّتِ لَيْسَتْ أُمًّا لَهُمْ ، فَإِنَّكَ تَعْرِزُ^(١٧) لها الثُّمْنَ ، وَتَقْسِمُ الباقِيَ على ما ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنْ كانَتْ أُمًّا لَهُمْ إِلَّا أَنَّهَا ماتَتْ قَبْلَهُمْ ، أو بَعْدَ بَعْضِهِمْ ، ولم تُخَلَفْ وارِثًا غَيْرَهُمْ ، قَسَمْتَ المِيراثَ كُلَّهُ على الْبَاقِيَيْنِ ، لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ، وَلَمْ يُنْظَرْ في مِيراثِها ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صارَ إِلَيْهِمْ ، فَإِنْ لم يَكُونُوا كذلك ، فَإِنَّكَ تَقْسِمُ مَسْأَلَةَ الأَوَّلِ^(١٨) ، ثُمَّ تَنْظُرُ ما صارَ لِلْمَيِّتِ الثَّانِي مِنْهَا^(١٩) ، فَإِنْ انْقَسَمَ على مَسْأَلَتِهِ فَقَدْ صَحَّتِ الْمَسْأَلَتَانِ مِمَّا صَحَّتْ مِنْهُ

٩٩/٦ و

(١٠) سقط من : ١ .

(١١-١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) في ب ، م : : الأول .

(١٣) في م : : تفرز .

(١٤) في ١ : : الأولى .

(١٥) في ١ : : بها . وفي م : : فيها .

الأولى ، ومثال ذلك ، امرأة وبنت من غيرها وأخ ، مائت البنت وحلفت زوجا وبنتا وعمًا^(١٦) . فالمسألة الأولى من ثمانية ، للمرأة سهم ، وللبنت أربعة ، ويبقى للأخ ثلاثة ، ومسألة الميئة الثانية من أربعة ، لزوجها سهم ، ولابنتها سهمان ، ويبقى سهم للأخ الأول ، فصار له من المسألتين أربعة أسهم ، وصححت المسألتان من ثمانية . وإن لم تنقسم سهام الميئة الثانية على مسأليته ، وافقت بين سهاميه ومسأليته . فإن اتفقا ، رددت مسأله إلى وقفها ، ثم ضربته في المسألة الأولى ، فما بلغ فمنه تصحح المسألتان ، ثم كل من له شيء من المسألة الأولى مضروب في وفق المسألة الثانية ، وكل من له شيء من المسألة الثانية مضروب في وفق سهام الميئة الثانية . مثال ذلك ، إذا حلفت البنت زوجا وبنتين ، فمسألتها من اثني عشر ، ثوافقها سهامها بالربيع ، فترجع إلى ثلاثة ، تضرب في ثمانية ، تكن أربعة وعشرين ، للمرأة سهم من الأولى في ثلاثة بثلاثة^(١٧) ولالأخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة ، وله من الثانية سهم في سهم ، تكن عشرة ، وللزوج ثلاثة في سهم ، وللبنتين ثمانية . وإن لم يوافق سهامه مسأله ، ضربت المسألة الثانية في الأولى ، ثم كل من له شيء من المسألة الأولى مضروب في الثانية ، ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميئة الثانية ، فإن مات ثالث ، عملت مسأله ، ونظرت سهامه مما صححت منه المسألتان ، فإن انقسم على مسأليته ، صححت مما صححت منه الأوليان ، وإن لم تصح ، وافقت بين مسأليته وسهامه ، وضربت وفق سهام^(١٨) مسأليته إن وافقت ، أو جميعها ، إن لم توافق ، فيما صححت منه الأوليان ، وعملت على ما ذكرناه . وكذلك تصنع في الرابع والخامس وما بعده .

٩٩/٦ ط

فصل : وإن أردت قسمت المسألة على قرابط الدينار ، فإنها في عرق أهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطا ، فإن كاتبت السهام كثيرة فلك في قسمها طريقان ؛ أحدهما ،

(١٦) في الأصل ، ١ : د وعمها ، .

(١٧) سقط من : الأصل ، م .

(١٨) سقط من : الأصل ، ١ .

أَنْ تَنْظُرَ مَا تَرَكَّبَ مِنْهُ الْعَدَدُ ، فَإِنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَتَرَكَّبَ مِنْ ضَرْبِ عَدَدٍ فِي عَدَدٍ ، فَانْسِبَ أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، إِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْهَا ، وَخُذْ مِنَ الْعَدَدِ الْآخَرِ مِثْلَ تِلْكَ النَّسَبَةِ ، فَمَا كَانَ فَهُوَ لِكُلِّ قِيرَاطٍ . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ قَسَمْتُهُ^(١٩) عَلَيْهَا ، فَمَا خَرَجَ بِالْقِسْمِ فَاضْرِبْهُ فِي الْعَدَدِ الْآخَرِ ، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ نَصِيبُهُ ، مِثَالُ ذَلِكَ ، سِتُّمِائَةٍ أَرَدْتَ قِسْمَتَهَا ، فَإِنَّكَ تَعْلَمُ أَنَّهَا مُتَرَكِّبَةٌ مِنْ ضَرْبِ عِشْرِينَ فِي ثَلَاثِينَ ، فَانْسِبِ الْعِشْرِينَ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ نِصْفَهَا ، وَتِلْكَهَا ، فَخُذْ نِصْفَ الثَّلَاثِينَ ، وَتِلْكَهَا ، خَمْسَةٌ وَعِشْرِينَ ، فَهُوَ سَهْمُ الْقِيرَاطِ . وَإِنْ قَسَمْتَ الثَّلَاثِينَ عَلَى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، خَرَجَ بِالْقِسْمِ سَهْمٌ وَرُبْعٌ ، فَاضْرِبْهَا تَكُنْ خَمْسَةٌ وَعِشْرِينَ ، كَمَا قُلْنَا . وَالثَّانِي ، أَنْ تَنْظُرَ عَدَدًا إِذَا ضَرَبْتَهُ فِي الْأَرْبَعَةِ وَالْعِشْرِينَ سَاوَى الْمَقْسُومِ أَوْ قَارَبَهُ ، فَإِذَا بَقِيَ مِنْهُ بَقِيَّةٌ ، ضَرَبْتَهَا فِي عَدَدٍ آخَرَ ، حَتَّى يَبْقَى أَقَلُّ مِنَ الْمَقْسُومِ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَجْمَعُ الْعَدَدَ الَّذِي ضَرَبْتَهُ إِلَيْهِ ، وَتَنْسِبُ تِلْكَ الْبَقِيَّةَ مِنَ الْمَقْسُومِ عَلَيْهِ ، فَتَضُمُّهَا إِلَى الْعَدَدِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ سَهْمُ الْقِيرَاطِ . مِثَالُهُ فِي مَسْأَلَتِنَا ، أَنْ تَضْرِبَ عِشْرِينَ فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ أَرْبَعَمِائَةٍ وَثَمَانِينَ ، ثُمَّ تَضْرِبَ خَمْسَةً فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ مِائَةٌ وَعِشْرِينَ ، وَتَضُمَّ الْخَمْسَةَ / إِلَى الْعِشْرِينَ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ سِهَامُ الْقِيرَاطِ . فَإِذَا عَرَفْتَ سِهَامَ الْقِيرَاطِ ، فَانْظُرْ كُلَّ مَنْ لَهُ سِهَامٌ ، فَأَعْطِهِ بِكُلِّ سَهْمٍ مِنْ سِهَامِ الْقِيرَاطِ قِيرَاطًا ، فَإِنْ بَقِيَ لَهُ مِنَ السَّهَامِ مَا لَا يَبْلُغُ قِيرَاطًا ، فَانْسِبْهُ إِلَى سِهَامِ الْقِيرَاطِ ، وَأَعْطِهِ مِنْهُ مِثْلَ تِلْكَ النَّسَبَةِ ، فَإِنْ كَانَ فِي سِهَامِ الْقِيرَاطِ كَسْرٌ ، بَسَطْتَهَا مِنْ جِنْسِ الْكُسْرِ ، ثُمَّ كُلُّ مَنْ لَهُ سِهَامٌ بِعَدَدٍ مَبْلُغِ السَّهَامِ ، فَلَهُ بِعَدَدٍ مَخْرُجِ الْكُسْرِ قَرَارِيطُ ، وَتَضْرِبُ بَقِيَّةَ سِهَامِهِ فِي مَخْرُجِ الْكُسْرِ ، وَتَنْسِبُهَا مِنْهَا . مِثَالُ ذَلِكَ ، زَوْجٌ وَأَبَوَانِ وَابْتَتَانِ ، مَائَتِ الْأُمِّ ، وَخَلْفَتُ أُمِّهَا ، وَزَوْجَا ، وَأَخْتَانِ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَأَخْتَيْنِ مِنْ أَبِي ، وَأَخْتَيْنِ مِنْ أُمِّ ، فَالْأُولَى مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَالثَّانِيَةُ مِنْ عِشْرِينَ ، فَتَضْرِبُ وَفَقَى إِحْدَاهُمَا فِي الْآخَرَى ، تَكُنْ مِائَةٌ وَخَمْسِينَ ، وَسَهْمُ الْقِيرَاطِ

و ١٠٠/٦

(١٩) فِي ١ : ٥ قَسَمَهُ . ٤ . وَفِي ٢ : ٥ قَسَمَهُ .

سِتَّةٌ وَرُبْعٌ ، فَاَبْسُطْهَا اَرْبَاعًا ، تُكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ، فَهَذِهِ سِيَهَامُ الْقِيَرَاطِ ، فَلْيَلْبِثِ مِنَ الْاُولَى اَرْبَعَةً فِي عَشْرَةٍ ، تُكُنْ اَرْبَعِينَ ، فَلَهَا بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ اَرْبَعَةً ، تَبْقَى خَمْسَةُ عَشَرَ ، اضْرِبْهَا فِي مَخْرَجِ الْكُسْرِ تُكُنْ سِتِّينَ ، وَاَقْسِمْهَا عَلَى خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ ، تُكُنْ اِثْنَيْنِ وَخُمُسَيْنِ ، فَصَارَ لَهَا سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ، وَلِلْاَبِ مِنَ الْاُولَى وَالثَّانِيَةِ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ ، فَلَهُ بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ اَرْبَعَةُ قَرَارِيطَ ، وَابْسُطِ السَّهْمَ الْبَاقِيَ اَرْبَاعًا ، تُكُنْ اَرْبَعَةُ اُخْمَاسِ خُمُسٍ ، وَلِزَوْجِ الْاُولَى ثَلَاثُونَ ، فَلَهُ بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ مِنْهَا اَرْبَعَةُ قَرَارِيطَ ، وَابْسُطِ الْخَمْسَةَ الْبَاقِيَةَ ، تُكُنْ عِشْرِينَ ، وَهِيَ اَرْبَعَةُ اُخْمَاسِ قِيَرَاطٍ ، وَلِامِّ الثَّانِيَةِ سَهْمَانِ ، اَبْسُطْهُمَا اَرْبَاعًا ، تُكُنْ خُمُسُ قِيَرَاطٍ وَثَلَاثَةُ اُخْمَاسِ خُمُسِ قِيَرَاطٍ ، وَكَذَلِكَ لِكُلِّ اُخْتٍ مِنْ اُمٍّ ، وَلِلْاُخْتَيْنِ مِنَ الْاَبِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَلِلْاُخْتِ مِنَ الْاَبَوَيْنِ سِتَّةٌ ، اَبْسُطْهَا اَرْبَاعًا ، تُكُنْ اَرْبَعَةُ اُخْمَاسِ قِيَرَاطٍ ، وَارْبَعَةُ اُخْمَاسِ خُمُسٍ .

فصل : فِي قِسْمَةِ التَّرَكَاتِ ، اِنْ اُمْكِنَ اَنْ تُنْسَبَ سِيَهَامُ كُلِّ وَاَرِثٍ مِنَ الْمَسْأَلَةِ ، ثُمَّ تُعْطِيَهُ مِنَ التَّرَكَةِ مِثْلَ تِلْكَ النِّسْبَةِ ، فَحَسَنٌ . وَمِثَالُ ذَلِكَ ، زَوْجٌ وَابْنَانِ وَابْنَتَانِ ، وَالتَّرَكَةُ / اَرْبَعُونَ دِينَارًا ، فَلِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ ، وَهِيَ خُمُسُ الْمَسْأَلَةِ ، فَلَهُ خُمُسُ التَّرَكَةِ ، وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ دَنَانِيرَ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْاَبَوَيْنِ ثَلَاثَا خُمُسِ الْمَسْأَلَةِ ، فَلَهُ ثَلَاثَا ثَمَانِيَةٍ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ ابْنَتَيْنِ مِثْلُ مَا لِلْاَبَوَيْنِ كِلَيْهِمَا ، وَاِنْ شِئْتَ ضَرَبْتَ سِيَهَامَ كُلِّ وَاَرِثٍ فِي التَّرَكَةِ ، وَقَسَمْتَ ذَلِكَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَمَا خَرَجَ فَهُوَ نَصِيبُهُ ، وَاِنْ شِئْتَ قَسَمْتَ التَّرَكَةَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ، ثُمَّ ضَرَبْتَ الْخَارِجَ بِالْقِسْمِ فِي سِيَهَامِ كُلِّ وَاَرِثٍ ، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ لَهُ ، وَاِذَا كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ عَدَدًا اَصَمًّا ، عَمِلْتَ بِاِحْدَى هَاتَيْنِ الطَّرِيقَتَيْنِ ، وَاِنْ كَانَ فِي السَّهَامِ كُسْرٌ ، بَسَطْتَهَا مِنْ جِنْسِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْقِسْمِ عَلَى قَرَارِيطِ الدِّينَارِ . وَلَكِ فِي قِسْمِ التَّرَكَةِ فِي مَسَائِلِ الْمُنَاسَخَاتِ ، اَنْ تُقْسِمَ التَّرَكَةَ اَوْ الْقَرَارِيطَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ الْاُولَى ، فَمَا حَصَلَ لِلْمَيِّتِ الثَّانِي ، قَسَمْتُهُ عَلَى مَسَائِلِهِ ، ثُمَّ تَفْعَلُ بِالثَّالِثِ وَالرَّابِعِ وَمَا بَعْدَهُمَا كَذَلِكَ . وَاِذَا كَانَ بَيْنَ الْمَسْأَلَةِ وَالتَّرَكَةِ مُوَافَقَةٌ ، فَخُذْ وَفْقِيَهُمَا ، وَاعْمَلْ بِهِمَا مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وإذا كانت التركة سيهاً من عقار ، فاضرب أصل سيهاً العقار فيما صححت منه المسألة ، فما بلغ فهو سيهاً العقار ، واضرب سيهاً كل وارث من أصل المسألة في السهام الموروثة^(٢٠) من العقار ، واضرب سيهاً الشركاء في أصل مسألة الورثة . ومثال ذلك : زوج وأم وأخت ، والتركة ربع ، وسدس دار ، المسألة من ثمانية ، وأصل سيهاً العقار اثنا عشر ، فاضربها في الثمانية ، تكن ستة وتسعين ، فلزوج ثلاثة من مسألة مضروبة في السهام الموروثة ، وهي خمسة ، تكن خمسة عشر ، وللأخت كذلك ، فأنسبها من الدار ، تكن ثمنها وربع ثمنها ، وللأم سهمان في خمسة ، تكن عشرة ، وهي نصف سدس الدار ، وثمان سدسها . وإن شئت قلت : هي نصف ثمنها ، وثلاث ثمنها . وإن شئت بسطت الربع والسدس من قرايط الدينار ، وهي عشرة ، وقسمتها على المسألة ، فللأم ربعها ، وهو^(٢١) / قيراطان ونصف ، وللأخت ثلاثة أثمانها ، وهي ثلاثة قرايط وثلاثة أرباع قيراط ، وكذلك الزوج .

١٠١٢ - مسألة ؛ قال : (ويرد على كل^(١) أهل الفرائض على قدر ميراثهم ، إلا الزوج والزوجة)

وجملة ذلك أن الميِّت إذا لم يخلف وارثاً إلا ذوى فروض ، ولا يستوعب المال ، كالبنيات والأخوات ، والجذات ، فإن الفاضل عن ذوى الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم ، إلا الزوج والزوجة . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس ، رضي الله عنهم . وحكى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وشريح ، وعطاء ، ومجاهد ، والثوري ، وأبي حنيفة ، وأصحابه . قال ابن سُرَاقَة^(٢) . وعليه

(٢٠) في م : « الموروثة » .

(٢١) في الأصل ، ١ : « وهي » .

(١) سقط من ١ :

(٢) لعله محيى الدين محمد بن محمد بن إبراهيم الأنصاري الشاطبي ، شيخ دار الحديث الكاملية بالقاهرة ، وكان معاصراً

للمؤلف ، وتوفى بعده سنة اثنتين وستين وستائة . العبر ٥ / ٢٧٠ .

الْعَمَلُ الْيَوْمَ فِي الْأَمْصَارِ ، إِلَّا أَنَّهُ يُرْوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يُرَدُّ عَلَى بِنْتِ ابْنِ مَع بِنْتٍ ، وَلَا عَلَى أُخْتٍ مِنْ أَبِي مَعَ أُخْتٍ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَلَا عَلَى جَدَّةٍ مَعَ ذِي سَهْمٍ . وَرَوَى ابْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يُرَدُّ عَلَى وَلَدِ الْأُمِّ مَعَ الْأُمِّ ، وَلَا عَلَى الْجَدَّةِ ^(٣) مَعَ ذِي سَهْمٍ . وَالَّذِي ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ أَظْهَرَ فِي الْمَذْهَبِ وَأَصَحُّ ، وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي السَّهَامِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَتَسَاوَوْا فِيمَا يَتَفَرَّغُ عَلَيْهَا ، وَلِأَنَّ الْفَرِيضَةَ لَوْ عَالَتْ ، لَدَخَلَ النِّقْصُ عَلَى الْجَمِيعِ ، فَالرَّدُّ يَنْبَغِي أَنْ يَنَالَهُمْ أَيْضًا . فَأَمَّا الزَّوْجَانِ ، فَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِمَا بِاتِّفَاقٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ ^(٤) عُمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ رَدَّ عَلَى زَوْجٍ . وَلَعَلَّهُ كَانَ عَصَبَةً ، أَوْ ذَارِجِمَ ، فَأَعْطَاهُ لَذَلِكَ ، أَوْ أَعْطَاهُ مِنْ مَالِ بَيْتِ الْمَالِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْمِيرَاثِ ، وَسَبَّبَ ذَلِكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنَّ أَهْلَ الرَّدِّ كُلَّهُمْ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، فَيَدْخُلُونَ فِي عُمُومِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ^(٥) . وَالزَّوْجَانِ خَارِجَانِ مِنْ ذَلِكَ . وَذَهَبَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ إِلَى أَنَّ الْفَاضِلَ عَنْ ذَوِي الْفُرُوضِ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَلَا يُرَدُّ عَلَى أَحَدٍ فَوْقَ فَرَضِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي الْأُخْتِ : ﴿ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ ^(٦) . وَمَنْ رَدَّ عَلَيْهَا جَعَلَ لَهَا الْكُلَّ ، وَلِأَنَّهَا ذَاتُ فَرَضٍ مُسَمًّى . فَلَا يُرَدُّ عَلَيْهَا ، كَالزَّوْجِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ^(٥) . وَهَؤُلَاءِ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، وَقَدْ تَرَجَّحُوا بِالْقُرْبِ إِلَى الْمَيِّتِ ، فَيَكُونُونَ أَوْلَى مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَذُو الرَّحِمِ أَحَقُّ مِنَ الْأَجَانِبِ ، عَمَلًا بِالنِّصِّ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا فَلِأَلِيٍّ » ^(٧) . وَفِي لَفْظٍ : « مَنْ تَرَكَ دَيْنًا فَلِأَلِيٍّ ، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِلْوَرَاثِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَهَذَا عَامٌّ فِي

ظ ١٠١/٦

(٣) فِي م : « الْجَد » .

(٤-٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٥) سُورَةُ الْأَنْفَالِ ٧٥ .

(٦) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٧٦ .

(٧) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي : ٨ / ١٥٢ .

جَمِيعِ الْمَالِ ، وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « تُحْرَزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ، لَقِيْطَها ، وَغَيْقَها ، وَالْوَلَدَ الَّذِي لَاعَنَتْ عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(٨) . فَجَعَلَ لها مِيرَاثَ وَلَدِها الْمَنْفِيُّ بِاللَّعَانِ كُلُّهُ ، خَرَجَ مِنْ ذَلِكَ مِيرَاثُ غَيْرِها مِنْ ذَوِي الْفُرُوضِ بِالْإِجْمَاعِ ، بَقِيَ الْبَاقِي عَلَى مُقْتَضَى الْعُمُومِ ، وَلِأَنَّها مِنْ وَرَثَةِ بِالرَّجِمِ ، فَكَانَتْ أَحَقَّ بِالْمَالِ مِنْ بَنَاتِ الْمَالِ ، كَعَصْبَاتِهِ . فَأَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ ^(٩) . فَلَا يَنْفِي أَنْ يَكُونَ لها زِيَادَةٌ عَلَيْهِ بِسَبَبِ آخَرَ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُؤْنِسُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(١٠) . لَا يَنْفِي أَنْ يَكُونَ لِلْأَبِ السُّدُسُ ، وَمَا فَضَّلَ عَنِ الْبَنَاتِ بِجَهَةِ التَّعَصُّبِ ، وَقَوْلُهُ : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ ^(١١) . لَمْ يَنْفِي أَنْ يَكُونَ لِلزَّوْجِ مَا فَضَّلَ إِذَا كَانَ ابْنُ عَمٍّ أَوْ مَوْلَى ، وَكَذَلِكَ الْأَخُ مِنَ الْأُمِّ إِذَا كَانَ ابْنُ عَمٍّ ، وَالْبَنْتُ وَغَيْرُها مِنْ ذَوِي الْفُرُوضِ إِذَا كَانَتْ مُعْتَقَةً ، كَذَا هُنَا تَسْتَحِقُّ النِّصْفَ بِالْفُرْضِ ، وَالْبَاقِي بِالرَّدِّ ، وَأَمَّا الزَّوْجَانِ فَلَيْسا مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ .

١٠١٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ أُخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَأُخْتُ لِأَبٍ ، وَأُخْتُ لِأُمٍّ ، فَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ ، وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ السُّدُسُ ، وَلِلْأُخْتِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَمَا بَقِيَ يُرَدُّ عَلَيْهِنَّ عَلَى قَدْرِ سِهَامِهِنَّ)

فَصَارَ الْمَالُ بَيْنَهُنَّ عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ ، لِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الْمَالِ ، وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ الْخُمْسُ ، وَلِلْأُخْتِ لِلْأُمِّ الْخُمْسُ . طَرِيقُ الْعَمَلِ فِي الرَّدِّ أَنْ تَأْخُذَ سِهَامَ أَهْلِ الرَّدِّ مِنْ أَصْلِ مَسْأَلَتِهِمْ ، وَهِيَ أَبَدًا تَخْرُجُ مِنْ سِتَّةٍ ، إِذْ لَيْسَ فِي الْفُرُوضِ كُلِّها مَالًا يُؤْخَذُ فِي السِتَّةِ إِلَّا الرَّبْعُ / وَالثَّمَنُ ، وَلَيْسَ لِغَيْرِ الزَّوْجَيْنِ ، وَلَيْسا مِنْ أَهْلِ الرَّدِّ ، ثُمَّ

١٠٢/٦

(٨) في : باب تحوز المرأة ثلاثة موارث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٦ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب ميراث ابن الملاعنة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٢ ، ١١٣ .
والترمذى ، في : باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء ، من أبواب الفرائض ٨ / ٢٦٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٤٩٠ ، ٤ / ١٠٧ .

(٩) سورة النساء ١٧٦ .

(١٠) سورة النساء ١١ .

(١١) سورة النساء ١٢ .

تَجْعَلُ عَدَدَ سِيَاهِمُ أَصْلَ مَسْأَلَتِهِمْ ، كَمَا صَارَتِ السَّهَامُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْعَائِلَةِ هِيَ الْمَسْأَلَةُ
الَّتِي تَضْرِبُ فِيهَا الْعَدَدُ الَّذِي انْكَسَرَتْ عَلَيْهِ سِيَاهُمُ ، فَكَذَا هُنَا إِذَا انْكَسَرَ عَلَى فَرِيقٍ
مِنْهُمْ ضَرْبَتُهُ فِي عَدَدِ سِيَاهِمُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ صَارَ أَصْلَ مَسْأَلَتِهِمْ . وَيُنْصَرُّ (١) ذَلِكَ فِي
أَرْبَعَةِ أَصُولٍ ؛ أَوَّلُهَا : أَصْلُ اثْنَيْنِ ؛ كَجَدَّةٍ ، وَأَخٍ مِنْ أُمٍّ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ،
أَصْلُهَا اثْنَانِ ، ثُمَّ تُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَيْهِمَا ، فَيَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ
الْجَدَّاتُ ثَلَاثًا فَلَهُنَّ سَهْمٌ لَا يَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ ، اضْرَبْ عَدَدَهُنَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، وَهُوَ
اِثْنَانِ ، تَصِيرُ سِتَّةٌ ؛ لِلْأَخِ مِنَ الْأُمِّ النِّصْفُ ثَلَاثَةٌ ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ سَهْمٌ ، أَصْلُ
ثَلَاثَةٍ : أُمٌّ وَأَخٌ مِنْ أُمٍّ ، وَأُمٌّ وَأَخَوَانِ لِأُمٍّ ، فَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً ضَرَبْتَ عَدَدَهُمْ فِي أَصْلِ
مَسْأَلَتِهِمْ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، صَارَتْ تِسْعَةٌ ، وَمِنْهَا تَصِيحُ ، ثَلَاثُ (٢) جَدَّاتٍ ، وَأَرْبَعَةُ إِخْوَةٍ
مِنْ أُمٍّ ، لِلْإِخْوَةِ سَهْمَانِ ، يُوَافَقُهُمُ بِالنِّصْفِ ، يَرْجِعُ عَدَدُهُمْ إِلَى اثْنَيْنِ ، تَضْرِبُهُمَا فِي
عَدَدِ الْجَدَّاتِ ، ثُمَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، صَارَتْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَمِنْهَا تَصِيحُ . أَصْلُ أَرْبَعَةٍ :
أُخْتُ لِابْنَيْنِ وَأُخْتُ لِأَبٍ أَوْ أُمٍّ ، أَوْ أَخٌ لِأُمٍّ ، أَوْ جَدَّةٌ . بِنْتُ ، وَأُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ . بِنْتُ وَبِنْتُ
ابْنٍ ، فَإِنْ كَانَ بَنَاتُ الْإِبْنِ أَرْبَعًا ضَرَبْتُهُنَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ ، صَارَتْ سِتَّةً
عَشَرَ ، وَمِنْهَا تَصِيحُ . أَصْلُ خَمْسَةٍ : ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، لِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ
النِّصْفُ ، وَلِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ السُّدُسُ ، وَلِلْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ السُّدُسُ . وَهَذِهِ مَسْأَلَةُ
الْخَرِيقِ . أُمٌّ وَأُخْتُ لِابْنَيْنِ أَوْ لِأَبٍ . أُمٌّ وَأُخْتُ لِابْنَيْنِ وَأُخْتُ لِأَبٍ أَوْ لِأُمٍّ . وَلَا تَزِيدُ
مَسَائِلَ الرَّدِّ أَبَدًا عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّهَا لَوْ زَادَتْ سَهْمًا لِكَمَلِ الْمَالِ ، وَلَمْ يَبْقَ شَيْءٌ مِنْهُ يُرَدُّ .
ثَلَاثُ جَدَّاتٍ وَبِنْتُ وَأَرْبَعُ بَنَاتِ ابْنٍ . أَصْلُهَا مِنْ خَمْسَةٍ ، وَتَصِيحُ مِنْ سِتِّينَ . وَمَتَى كَانَ
الرَّدُّ عَلَى حَيْزٍ وَاحِدٍ ، فَلَهُ جَمِيعُ الْمَالِ بِالْفَرَضِ / وَالرَّدُّ ، كَأَنَّهُ عَصَبَةٌ ، فَإِنْ كَانَ شَخْصًا
وَاحِدًا ، فَالْمَالُ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ جَمَاعَةً ، فَسَمَّتُهُ عَلَيْهِمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، كَالْبَيْنِ ، وَالْإِخْوَةِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، أُعْطِيَتْهُ فَرَضُهُ مِنْ أَصْلِ مَسْأَلَتِهِ ، وَقَسَمَتْ
الْبَاقِي مِنْ مَسْأَلَتِهِ عَلَى فَرِيضَةِ أَهْلِ الرَّدِّ ، فَإِنْ انْقَسَمَ صَحَّتِ الْمَسْأَلَتَانِ . وَلَا يَتَّفَقُ هَذَا
إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلزَّوْجِ (٣) امْرَأَةٌ لَهَا الرُّبْعُ ، وَمَسْأَلَةُ أَهْلِ الرَّدِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ ؛ كَامْرَأَةٍ وَأُمٍّ وَأَخٍ

(١-١) ق م : « في ذلك » .

(٢) في النسخ : « ثلاثة » .

(٣) في الأصل ، ا ، ب : « الزوج » .

لِأُمٍّ . أَوْ أُمٍّ وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ . أَوْ جَدَّةٍ وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ . فَلِلْمَرْأَةِ الرَّبْعُ مِنَ أَرْبَعَةٍ ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ عَلَى فَرِيضَةِ أَهْلِ الرَّدِّ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، فَتَصِحُّ عَلَيْهَا ، وَتَصِحُّ الْجَمِيعُ مِنَ أَرْبَعَةٍ ، فَإِنْ انْكَسَرَ عَلَى عَدَدٍ مِنْهُ ، ضَرَبَتْهُ فِي أَرْبَعَةٍ ، كَأَرْبَعِ زَوَاجَاتٍ وَأُمٍّ وَأَخٍ لِأُمٍّ ، تَصِحُّ مِنْ سِتَّةِ عَشَرَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْقَسِمِ فَأَصْلُ مَسْأَلَةِ الزَّوْجِ عَلَى فَرِيضَةِ أَهْلِ الرَّدِّ لَمْ يُمَكِّنْ أَنْ يُوَافِقَهَا أَيْضًا ، فَاضْرِبْ فَرِيضَةَ الرَّدِّ فِي فَرِيضَةِ الزَّوْجِ ، فَمَا بَلَغَ فَإِلَيْهِ تَنْتَقِلُ الْمَسْأَلَةُ ، فَإِذَا ارْتَدَّتِ الْقِسْمَةُ فَلِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَرِيضَةُ الرَّدِّ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الرَّدِّ سَهْمُهُ مِنْ مَسْأَلَتِهِ مَضْرُوبَةً فِي فَاضِلِ فَرِيضَةِ الزَّوْجِ ، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ لَهُ إِنْ كَانَ وَاحِدًا ، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً قَسَمْتُهُ عَلَيْهِمْ ، فَإِنْ لَمْ يَنْقَسِمِ ضَرَبَتْهُ ، أَوْ وَقَفَهُ فِيمَا انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ الْمَسْأَلَةُ ، وَتَصَحَّحُ^(٤) عَلَى مَا مَضَى فِي بَابِ التَّصْحِيحِ . وَهَذَا يَنْحَصِرُ فِي أَصُولِ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، زَوْجٌ وَجَدَّةٌ وَأَخٌ لِأُمٍّ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَأَصْلُ مَسْأَلَتِهِ مِنْ اثْنَيْنِ ، لَهُ سَهْمٌ يَبْقَى سَهْمٌ عَلَى مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَهِيَ اثْنَانِ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي اثْنَيْنِ يَكُنْ أَرْبَعَةٌ ، وَلَا يَقَعُ الْكَسْرُ فِي هَذَا الْأَصْلِ إِلَّا عَلَى فَرِيقٍ وَاحِدٍ ، وَهُوَ الْجَدَّاتُ ، فَإِذَا كَانَ أَكْثَرُ مِنْ جَدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فَاضْرِبْ عَدَدَهُنَّ فِي أَرْبَعَةٍ ، فَمَا بَلَغَ فَمِنْهُ تَصِحُّ . الْأَصْلُ الثَّانِي ، زَوْجَةٌ وَجَدَّةٌ وَأَخٌ لِأُمٍّ ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجَةِ مِنَ أَرْبَعَةٍ ، ثُمَّ تَنْتَقِلُ إِلَى ثَمَانِيَةٍ ، وَلَا يَكُونُ الْكَسْرُ إِلَّا عَلَى الْجَدَّاتِ أَيْضًا . الْأَصْلُ الثَّالِثُ ، زَوْجٌ وَبِنْتُ وَبْنُ ابْنٍ ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجِ مِنَ أَرْبَعَةٍ ، / ثُمَّ تَنْتَقِلُ إِلَى سِتَّةِ عَشَرَ ، وَكَذَلِكَ زَوْجَةٌ ، وَأُخْتُ لِابْنَيْنِ ، وَأُخْتُ لِأَبٍ ، أَوْ أُخْتُ لِأُمٍّ ، أَوْ جَدَّةٌ ، أَوْ جَدَّاتُ^(٥) ، وَمِثْلُهَا زَوْجَةٌ وَأُخْتُ لِأَبٍ وَأُخْتُ لِأُمٍّ ، أَوْ جَدَّةٌ . الْأَصْلُ الرَّابِعُ ، زَوْجَةٌ وَبِنْتُ وَبْنُ ابْنٍ^(٦) ، أَوْ أُمٌّ ، أَوْ جَدَّةٌ ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجَةِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، ثُمَّ تَنْتَقِلُ إِلَى اثْنَيْنِ وَثَلَاثَيْنِ . الْأَصْلُ الْخَامِسُ ، زَوْجَةٌ وَبَنَاتَانِ وَأُمٌّ ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجَةِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، ثُمَّ

١٠٣/٦

(٤) فِي م : ١ : وَتَصَحَّحْ .

(٥-٥) فِي م : ١ : جَد ، أَوْ جَدَّة .

(٦) فِي م نَهَادَةٌ : ١ : ابْن .

تَنْتَقِلُ إِلَى أَرْبَعِينَ ، وكذلك زَوْجَةٌ وَبْنَتْ وَبْنْتُ ابْنِ وَأُمُّ ، أَوْ جَدَّةٌ . ^(٧) أُخْتُ مِنْ أَبَوَيْنِ ،
وَأُخْتُ أَوْ أُخْوَاتٌ مِنْ أَبٍ ، وَأُخْتُ مِنْ أُمٍّ ، أَوْ أُمُّ ، أَوْ جَدَّةٌ . ^(٨) زَوْجَةٌ وَ ^(٩) أُخْتَانِ مِنْ
أَبَوَيْنِ أَوْ مِنْ أَبٍ ، وَأُمُّ أَوْ جَدَّةٌ ، وَأَخٌ مِنْ أُمٍّ ^(٧) ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِذَا انْكَسَرَتْ سِيهَامُ فَرِيقٍ
مِنْهُمْ عَلَيْهِمْ ضَرْبَتُهُ فِيمَا انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ الْمَسْأَلَةُ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ ، أَرْبَعُ زَوَاجَاتٍ وَإِحْدَى
وَعِشْرُونَ بِنْتًا وَأَرْبَعُ عَشْرَةَ جَدَّةً ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجَاتِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، فَتَضْرِبُ فِيهَا فَرِيضَةُ الرَّدِّ
وَهِيَ خَمْسَةٌ ، تَكُنُ أَرْبَعِينَ ، لِلزَّوْجَاتِ ^(٩) فَرِيضَةُ أَهْلِ الرَّدِّ خَمْسَةٌ ، عَلَى أَرْبَعَةٍ ، لَا
تَصِحُّ ، وَلَا تُوَافِقُ ، وَيَبْقَى خَمْسَةٌ وَثَلَاثُونَ ، لِلْجَدَّاتِ خَمْسُهَا سَبْعَةٌ ، عَلَى أَرْبَعَةٍ
عَشَرَ ، تُوَافِقُ بِالْأَسْبَاعِ ، فَيَرْجِعَنَّ ^(١٠) إِلَى اثْنَيْنِ ، وَيَبْقَى لِلْبَنَاتِ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ ،
تُوَافِقُهُنَّ بِالْأَسْبَاعِ ، فَيَرْجِعَنَّ إِلَى ثَلَاثٍ ، وَالْأَثْنَتَانِ ^(١١) تَدْخُلَانِ فِي عَدَدِ الزَّوْجَاتِ ،
فَتَضْرِبُ ثَلَاثًا فِي أَرْبَعٍ ، تَكُنُ اثْنِي عَشَرَ ، ثُمَّ فِي أَرْبَعِينَ ، تَكُنُ أَرْبَعِمِائَةٍ وَثَمَانِينَ ، وَمَتَى
كَانَ مَعَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَاحِدٌ مِنْ أَهْلِ الرَّدِّ ، أُخِذَ الْفَاضِلُ كُلُّهُ ، كَأَنَّهُ عَصَبَةٌ ، وَلَا تَنْتَقِلُ
الْمَسْأَلَةُ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ فَرِيقٌ وَاحِدٌ مِنْ أَهْلِ الرَّدِّ ، كَالْبَنَاتِ ، أَوِ الْأَخَوَاتِ ، فَسَمَّتِ
الْفَاضِلَ عَلَيْهِمْ ، كَأَنَّهُمْ عَصَبَةٌ ، فَإِنْ انْكَسَرَ عَلَيْهِمْ ، ضَرَبْتَ عَدَدَهُمْ فِي مَسْأَلَةِ
الزَّوْجِ .

(٧-٧) مضروب على هذا في : ١ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) في الزيادة : : سهم في « .

(١٠) في : ١ : : فيرجع « .

(١١) في م زيادة : : ثم « .

بَابُ الْجَدَّاتِ

١٠١٤ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَلِلْجَدَّةِ إِذَا لَمْ تُكُنْ أُمُّ السُّدُسِ)

١٠٣/٦ ظ / قال أبو بكر ابن المنذر : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ أُمٌّ . وَحَكَى غَيْرُهُ رَوَايَةَ شَاذَةً عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِهَا ، فَقَامَتْ مَقَامَهَا ، كَالْجَدِّ يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى قَبِيصَةُ بْنُ ذُوَيْبٍ ، قَالَ : جَاءَتِ الْجَدَّةُ إِلَى أَبِي بَكْرٍ ، تَطْلُبُ مِيرَاثَهَا ، فَقَالَ : مَا لَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ شَيْءٌ ، وَمَا أَعْلَمُ لَكَ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَيْئًا ، وَلَكِنْ أَرْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ . فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ : حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أُعْطَاهَا السُّدُسَ . فَقَالَ : هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ ؟ فَشَهِدَ لَهُ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ ، فَأَمَضَاهُ لَهَا أَبُو بَكْرٍ ، فَلَمَّا كَانَ عَمْرُ ، جَاءَتِ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى ، فَقَالَ : مَا لَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ ، وَمَا^(١) كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قُضِيَ بِهِ إِلَّا فِي غَيْرِكَ ، وَمَا أَنَا بِرَأِيْدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا ، وَلَكِنْ هُوَ ذَاكَ السُّدُسُ ، فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا فَهُوَ لَكُمَا ، وَإِيَّتُكُمَا خَلَّتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي « مُوْطِئِهِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٢) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَأَمَّا الْجَدَّةُ فَلَا يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ فِي جَمِيعِ أَحْوَالِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ تَحْجُبُ الْجَدَّاتِ مِنْ جَمِيعِ الْجِهَاتِ . وَقَدْ رَوَى ابْنُ بَرِيْدَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ إِذَا لَمْ

(١) فِي م : د فَمَا ه .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْجَدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢ / ١٠٩ ، ١١٠ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مِيرَاثِ الْجَدَّةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيُّ ٨ / ٢٥١ ، ٢٥٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ الْجَدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . الْمَوْطَأُ ٢ / ٥١٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ الْجَدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ / ٩٠٩ ، ٩١٠ .

يَكُنْ دُونَهَا أُمُّ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَرِثُ مَعَهَا شَيْئًا . وَلِأَنَّ الْجَدَّةَ تَدُلُّ بِالْأُمِّ ، فَسَقَطَتْ بِهَا ، كَسَقُوطِ الْجَدِّ بِالْأَبِّ ، وَابْنُ الْاِبْنِ بِهِ . فَأَمَّا الْأَبُّ ، فَإِنَّهَا أَيْضًا إِنَّمَا تَرِثُ مِيرَاثَ أُمِّ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ ، وَلِذَلِكَ تَرِثُ وَابْنَهَا حَتَّى ، وَلَوْ كَانَ مِيرَاثُهَا مِنْ جِهَتِهِ مَا وَرِثَتْ مَعَ وُجُودِهِ .

١٠١٥ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ إِنْ كَثُرْنَ ، لَمْ يَزِدَنَّ عَلَى السُّدُسِ فَرَضًا)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ مِيرَاثَ الْجَدَّاتِ السُّدُسُ ، وَإِنْ كَثُرْنَ ، وَذَلِكَ لِمَا رَوَيْنَا مِنَ الْخَبَرِ ^(١) ، وَأَنَّ عَمَرَ شَرَكٍ بَيْنَهُمَا . وَقَدْ رَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَرَوَى سَعِيدٌ ^(٢) ، ثَنَا سُفْيَانُ ، وَهَشِيمٌ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، قَالَ : / ١٠٤/٦ جَاءَتِ الْجَدَّتَانِ إِلَى أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَأَعْطَى أُمَّ الْأُمِّ الْمِيرَاثَ دُونَ أُمِّ الْأَبِ . فَقَالَ لَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سُهَيْلٍ بْنُ حَارِثَةَ ، وَكَانَ شَهِيدَ بَدْرًا : يَا خَلِيفَةَ رَسُولِ اللَّهِ ، أُعْطِيتَ التِّيْ إِنْ مَاتَتْ لَمْ يَرِثْهَا ، وَمَنْعْتَ التِّيْ لَوْ مَاتَتْ وَرِثَهَا ! فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا ^(٣) . وَلَأَنَّهُنَّ ذَوَاتُ عَدَدٍ لَا يَشْرِكُهُنَّ ذَكَرٌ ، فَاسْتَوَى كَثِيرُهُنَّ وَوَاحِدَتُهُنَّ ، كَالزَّوْجَاتِ . وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : « لَمْ يَزِدْنَ عَلَى السُّدُسِ فَرَضًا » . يَرِيدُ بِهِ التَّحَرُّزَ مِنْ زِيَادَتِهِنَّ بِالرَّدِّ ، فَاتَّهَنَ بِاتَّخِذْنِ فِي الرَّدِّ زِيَادَةَ عَلَى السُّدُسِ ، عَلَى مَا قَدْ مَضَى ذِكْرُهُ .

فصل : ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين ؛ أم الأم ، وأم الأب . وكذلك إن علقتا وكانتا في القرب سواء ، كأن أم أم وأم أم أب ، إلا ما حكى عن داود ، أنه لا يورث أم أم الأب شيئا ، لأنه لا يرثها فلا ترثه ، ولأنها غير مذكورة في الخبر . ولنا ، أن النبي ﷺ

(٣) في : باب في الجدة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٠ .

(١) تقدم تخریجه فی صفحه ٥٤ .

(٢) في : باب الجدات ، السنن ١ / ٥٥ .

(٣) وأخرجه البيهقي ، في : باب فرض الجدة والجديتين ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٣٥ .

والدارقطني، في: كتاب الفرائض. سنن الدارقطني ٤ / ٩٠، ٩١.

أَعْطَى ثَلَاثَ جَدَّاتٍ^(٤) . وَمِنْ ضَرُورَتِهِ أَنْ يَكُونَ فِيهِنَّ أُمُّ الْأَبِ ، أَوْ مَنْ هِيَ أَعْلَى مِنْهَا .
وما ذكره داودُ فهو قياسٌ ، وهو لا يقولُ بالقياسِ ، ثم هو باطلٌ بأمِّ الأُمِّ ، فإنَّها تُرْتَبُ وَلَا
يُرْتَبُهَا . وقوله : ليستَ مذكورةٌ في الخبرِ . قلنا : وكذلك أُمُّ الأُمِّ . واخْتَلَفُوا فِي تَوْثِيثِ مَا
زَادَ عَلَيْهِمَا ؛ فَذَهَبَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ إِلَى تَوْثِيثِ ثَلَاثِ جَدَّاتٍ ، مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ عَلَيْهِنَّ . وَرَوَى
ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ
مَسْرُوقٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَقَتَادَةَ . وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي
وَقَّاصٍ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُورَثُ أَكْثَرُ مِنْ جَدَّتَيْنِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ
الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، وَطَلْحَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَرْفٍ ،
وَرَبِيعَةَ ، وَابْنَ هُرْمُزٍ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنَ أَبِي ذَنْبٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَدَاوُدَ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي
الْقَدِيمِ ، وَحُكِيَ عَنِ الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ : لَا تَعْلَمُ وَرِثَ فِي الْإِسْلَامِ إِلَّا جَدَّتَيْنِ . وَحُكِيَ عَنْ
سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ ، أَنَّهُ أُوتِرَ بِرُكْعَةٍ ، فَعَابَهُ ابْنُ مَسْعُودٍ ، فَقَالَ سَعْدٌ : أَتُعِينُنِي وَأَنْتَ
تُورِثُ ثَلَاثَ جَدَّاتٍ ؟ وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ وَرَثَ الْجَدَّاتِ وَإِنْ كَثُرْنَ ، إِذَا كُنَّ
فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، إِلَّا مَنْ أَذَلَّتْ بِأَبٍ غَيْرِ وَارِثٍ ، كَأُمِّ أَبِي الْأُمِّ . قَالَ ابْنُ سُرَّاقَةَ : وَهَذَا
قَالَ عَامَّةُ الصَّحَابَةِ إِلَّا شَاذًا . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو
حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ ، وَهُوَ رِوَايَةُ الْمُزَنِيِّ عَنِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ
الْخِرَقِيِّ ، فَإِنَّهُ سَمَّى ثَلَاثَ جَدَّاتٍ مُتَحَادِيَاتٍ . ثُمَّ قَالَ : « وَإِنْ كَثُرْنَ فَعَلَى ذَلِكَ » .
وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ الزَّائِدَةَ جَدَّةٌ أَذَلَّتْ بِوَارِثٍ فَوَجَبَ أَنْ تَرِثَ ، كَمَا خَذَى^(٥) الثَّلَاثِ . وَلَنَا ، مَا
رَوَى سَعِيدٌ^(٦) ، عَنْ ابْنِ عُيَيْنَةَ ، عَنْ مَنْصُورٍ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَرَثَ ثَلَاثَ

(٤) أخرجه الدارمي ، في : باب في الجدات ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٥٨ . والبيهقي ، في : باب
توريث ثلاث جدات ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٣٦ . والدارقطني ، في : كتاب الفرائض .
سنن الدارقطني ٤ / ٩١ .

(٥) في الأصل ، م : « كأحد » .

(٦) في : باب الجدات . سنن سعيد بن منصور ١ / ٥٤ .

جَدَّاتٍ ، يُتَتَيْنِ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، وَوَاحِدَةً مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ . وَأَخْرَجَهُ أَبُو عُبَيْدٍ
وَالدَّارِقُطْنِيُّ^(٧) . وَرَوَى سَعِيدٌ^(٨) أَيْضًا ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، أَنَّهُ قَالَ : كَانُوا يُورَثُونَ^(٩) مِنْ
الْجَدَّاتِ ثَلَاثًا ، يُتَتَيْنِ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، وَوَاحِدَةً مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى التَّحْدِيدِ
بِثَلَاثٍ ، وَأَنَّهُ لَا يَرِثُ^(١٠) أَكْثَرُ مِنْهُنَّ . وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْوَارِثَاتِ هِيَ أُمُّ الْأُمِّ وَإِنَّ
عَلَّتْ دَرَجَتُهَا ، وَأُمُّ الْأَبِ وَأُمُّهَاثُهَا وَإِنْ عَلَّتْ دَرَجَتُهَا ، وَأُمُّ الْجَدِّ وَأُمُّهَاثُهَا . وَلَا تَرِثُ أُمُّ
أَبِ الْجَدِّ ، وَلَا كُلُّ جَدَّةٍ أَذَلَّتْ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثَةِ آبَاءٍ . وَهَؤُلَاءِ الْجَدَّاتُ الْمُخْتَلَفُ فِيهِنَّ .
وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْجَدَّةَ الْمُذَلِّيَّةَ بِأَبٍ غَيْرِ وَارِثٍ لَا تَرِثُ ، وَهِيَ كُلُّ جَدَّةٍ أَذَلَّتْ
بِأَبٍ بَيْنَ أُمِّينَ ، كَأُمِّ أُمِّ الْأُمِّ ، إِلَّا مَا حَكِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَمُجَاهِدٍ ،
وَإِبْنِ سِيرِينَ أَنَّهُمْ قَالُوا : تَرِثُ . وَهُوَ قَوْلُ شَاذٍّ ، لَا نَعْلَمُ الْيَوْمَ بِهِ قَائِلًا ، وَلَيْسَ
بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهَا تُذَلِّي بِغَيْرِ وَارِثٍ ، فَلَمْ تَرِثْ ، كَالْأَجَانِبِ ، وَأَمَثَلُهُ ذَلِكَ ، أُمُّ أُمِّ وَأُمُّ
أَبٍ ، السُّدُسُ بَيْنَهُمَا إِجْمَاعًا ، أُمُّ أُمِّ أُمِّ ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي / السُّدُسُ
لِلثَلَاثِ الْأَوَّلِ ، إِلَّا عِنْدَ مَالِكٍ وَمُوافِقِيهِ ، فَإِنَّهُ لِلأَوَّلَيْنِ . وَعِنْدَ دَاوُدَ هُوَ لِلأَوَّلَى وَحْدَهَا .
وَلَا تَرِثُ الرَّابِعَةُ إِلَّا فِي^(١١) قَوْلِ شَاذٍّ^(١٢) عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَمُوافِقِيهِ ، أُمُّ أُمِّ أُمِّ أُمِّ ، وَأُمُّ أُمِّ أُمِّ أُمِّ^(١٣)
أُمُّ أُمِّ أُمِّ أُمِّ أَبِي ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي أَبِي ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي أُمِّ ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي أُمِّ ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي أُمِّ ، وَأُمُّ
أُمِّ أُمِّ أَبِي . السُّدُسُ لِلأَوَّلَى عِنْدَ دَاوُدَ ، وَلِلأَوَّلَيْنِ عِنْدَ مَالِكٍ وَمُوافِقِيهِ . وَلِلثَلَاثِ الْأَوَّلِ

١٠٥/٦

(٧) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الفرائض . سنن الدارقطني ٤ / ٩٠ . كما أخرجه البيهقي ، في : باب من لم
يورث أكثر من جدتين ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٣٥ .

(٨) في : باب الجدات . السنن ١ / ٥٤ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الفرائض . سنن الدارقطني ٤ / ٩٠ . والبيهقي ، في : باب توريث ثلاث
جدات متحاذيات أو أكثر ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٣٦ .

(٩) في م : « يرثون » .

(١٠) في ١ : « يورث » .

(١١-١٢) في الأصل : « القول الشاذ » .

(١٢) سقطت الواو من : ١ .

(١٣) في زيادة : « أم » .

عند أحمد وموافقيه . وللأربع الأول عند أبي حنيفة وموافقيه . وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة . وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة ، ولا من قبل الأب إلا اثنتان ، وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر ، إلا عند أبي حنيفة وموافقيه ، فإنه كلما علون درجة ، زاد في عددهن من قبل الأب واحدة .

١٠١٦ - مسألة ؛ قال : (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان ^(١) الميراث لأقربهن)

أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى ، فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقرنبي وتسقط البعدي بها ، وإن كانتا من جهتين والقرنبي من جهة الأم ، فالميراث لها ، وتحجب البعدي في قول عامتهم ، إلا ما روى عن ابن مسعود ، ويحيى بن آدم ، وشريك أن الميراث بينهما . وعن ابن مسعود ، إن كانتا ^(٢) من جهتين فهما سبواء ، وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقرنبي . يعني به أن الجدتين من قبل الأب إذا كانت إحداهما أم الأب والأخرى أم الجد ، سقطت أم الجد بأم الأب . وسائر أهل العلم على أن القرنبي من جهة الأم تحجب البعدي من جهة الأب . فأما القرنبي من جهة الأب فهل تحجب البعدي من جهة الأم ؟ فعن أحمد فيها ^(٣) روايتان ؛ إحداهما ، أنها تحجبها ، ويكون الميراث للقرنبي . وهذا قول علي عليه السلام ، وإحدى الروايتين عن زيد . وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وأهل العراق ، وهو قول الشافعي . والرواية الثانية عن أحمد ، هو ١٠٥/٦ بينهما . / وهي الرواية الثابتة عن زيد . وبه قال مالك ، والأوزاعي . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأن الأب الذي تؤول به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم ، فالتى تؤول به أولى أن لا يحجبها ، وبهذا فارتقت القرنبي من قبل الأم ، فإنها تؤول بالأم ، وهي

(١) سقط من : م .

(٢) في ا هنا وفيما يأتي : : كانا .

(٣) في ا : منه .

مسائل : مِنْ ذَلِكَ أُمُّ أُمٍّ وَأُمُّ أُمٍّ أَبٌ ، الْمَالُ لِلأُولَى ، إِلَّا فِي قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ هُوَ بَيْنَهُمَا . أُمُّ أَبٍ وَأُمُّ أُمٍّ أُمٌّ ، الْمَالُ لِلأُولَى فِي قَوْلِ الْخَرَقِيِّ . وَفِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى هُوَ بَيْنَهُمَا . أُمُّ أَبٍ وَأُمُّ أُمٍّ وَأُمُّ جَدٍّ ، الْمَالُ لِلأَوَّلَيْنِ فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ، إِلَّا فِي قَوْلِ شَرِيكَ وَمُوافقيه هُوَ بَيْنَهُنَّ . أُمُّ أَبٍ وَأُمُّ أُمٍّ وَأُمُّ أُمٍّ وَأُمُّ أُمٍّ أَبٌ ، هُوَ لِلأَوَّلَيْنِ فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ .

فصل : إِذَا اجْتَمَعَتْ جَدَّةُ ذَاتِ قَرَابَتَيْنِ مَعَ أُخْرَى ، فِقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا اثْنَلَاثًا ، لِذَاتِ الْقَرَابَتَيْنِ ثَلَاثًا ، وَلِلْأُخْرَى ثَلَاثُهُ . كَذَلِكَ قَالَ أَبُو الْحَسَنِ التَّمِيمِيُّ ، وَأَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْوُثْبِيُّ ^(٥) ، وَلَعَلَّهُمَا أَخَذَا ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فِي تَوْزِيهِ الْمَجُوسِ بِجَمِيعِ قَرَابَاتِهِمْ . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى بْنِ آدَمَ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ، وَالْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ ، وَزُفَرٍ ، وَشَرِيكَ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ وَأَبُو يَوْسُفَ : السُّدُسُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ ، لِأَنَّ الْقَرَابَتَيْنِ إِذَا كَانَتَا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ، لَمْ يَرِثْ بَيْنَهُمَا جَمِيعًا ، كَالْأَخِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَخْصٌ ذُو قَرَابَتَيْنِ ، تَرِثُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ^(٦) مُنْفَرَدَةً ، / وَلَا يُرْجَحُ بِهَا عَلَى غَيْرِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَرِثَ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، كَابْنِ الْعَمِّ إِذَا كَانَ أُنْثَى أَوْ زَوْجًا ، وَفَارَقَ الْأَخَ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، فَإِنَّهُ رُجِحَ بِقَرَابَتَيْهِ عَلَى الْأَخِ مِنَ الْأَبِ ، وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ التَّرْجِيحِ بِالْقَرَابَةِ الرَّائِدَةِ وَالتَّوْزِيهِ بِهَا ، فَإِذَا وَجَدَ أَحَدَهُمَا انْتَفَى

(٥) في م : « العربي » . ويأتي في صفحة ١٨٨ .

(٦) في ا، م : « منها » .

الآخر^(٧)، ولا ينبغي أن يُخلَّ بهما جميعا، بل إذا انتفى أحدهما وجد الآخر^(٨)، وهما قد انتفى التَّرجيحُ فيثبتُ التَّوريثُ. وصورة ذلك، أن يتزوج ابنُ المرأة بنتَ بنتها، فيولدُ لهما ولدٌ، فتكونُ المرأةُ أمُّ أمِّه، وهي^(٩) أمُّ أبي أبيه. وإن تزوج ابنُ بنتها بنتَ بنتها، فهي أمُّ أمِّ أمِّه وأمُّ أمِّ أبيه. وإن أدلت الجدة بثلاث جهات، تَرثُ بهنَّ، لم يُمكن أن يجتمعَ معها جدةٌ أخرى وارثةٌ عند من لا يورث أكثر من ثلاث.

١٠١٧ - مسألة؛ قال: (والجدة تَرثُ وابنتها حيًّا)

وجُمِلته أنَّ الجدة من قبل الأب إذا كان ابنها حيًّا وارثًا، فإنَّ عمرَ، وابنَ مسعودٍ، وأبا موسى، وعمران بنَ الحصين، وأبا الطفيل^(١)، رضي الله عنهم، ورثوها مع ابنتها. وبه قال شريح، والحسن، وابن سيرين، وجابر بن زيد، والعنبري، وإسحاق، وابنُ المنذر، وهو ظاهرُ مذهب أحمد بن حنبل، رضي الله عنه. وقال زيدُ ابن ثابت: لا تَرثُ. وروى ذلك عن عثمان، وعلي، رضي الله عنهما، وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، وسعيد بن عبد العزيز^(٢)، والشافعي، وابن جابر، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وهو رواية عن أحمد، رواه عنه جماعة من أصحابه. ولا خلاف في توريثها مع ابنتها إذا كانَ عمًّا أو عمًّا أب؛ لأنها لا تُدلى به. واحتجَّ من أسقطها بابنتها^(٣) بأنها تُدلى به، فلا تَرثُ معه، كالجدِّ مع الأب، وأمُّ الأمِّ مع الأمِّ. ولنا، ما روى ابن مسعود، رضي الله عنه، قال: أوَّلُ جَدَّةٍ أَطْعَمَهَا رسولُ الله ﷺ

(٧-٧) سقط من: م.

(٨) في الأصل، ازيادة: «من». وفي م: «له».

(١) أبو الطفيل عامر بن واثلة بن الأسقع الكناfi، آخر من رأى النبي ﷺ في الدنيا، توفي سنة مائة، أو سنة عشرين ومائة. العبر ١ / ١١٨.

(٢) أبو محمد سعيد بن عبد العزيز التنوخي، فقيه الشام بعد الأوزاعي، توفي سنة سبع وستين ومائة. العبر ١ / ٢٥٠.

(٣) في م: «بابيها».

السُّدُسَ ، أُمُّ أَبِي مَعَ ابْنِهَا ، وَابْنُهَا حَتَّى . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٤) . وَرَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ^(٥) ، إِلَّا أَنَّ لَفْظَهُ : أَوَّلُ / جَدَّةٌ أَطْعَمَتِ السُّدُسَ أُمُّ أَبِي مَعَ ابْنِهَا . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : أَوَّلُ جَدَّةٌ أَطْعَمَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ السُّدُسَ ^(٦) أُمُّ أَبِي مَعَ ابْنِهَا ^(٧) . وَلِأَنَّ الْجَدَّاتِ أُمّهَاتٍ يَرْتَنِ مِيرَاثَ الْأُمِّ ، لَا مِيرَاثَ الْأَبِ ، فَلَا يُحْجَبْنَ بِهِ كَأُمّهَاتِ الْأُمِّ .

١٠٦/٦ ط

مسائل ذلك : أُمُّ أَبِي وَأَبٌ ، هَا السُّدُسُ وَالْبَاقِي لَهُ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ، الْكُلُّ لَهُ دُونَهَا . أُمُّ أُمِّ وَأُمُّ أَبِي وَأَبٌ ، السُّدُسُ بَيْنَهُمَا عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ . وَعَلَى الثَّانِي السُّدُسُ لِأُمِّ الْأُمِّ ، وَالْبَاقِي لِلْأَبِ . وَقِيلَ : لِأُمِّ الْأُمِّ نِصْفُ السُّدُسِ ، وَالْبَاقِي لِلْأَبِ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ لَوْ عَدِمَ لَمْ يَكُنْ لِأُمِّ الْأُمِّ إِلَّا نِصْفُ السُّدُسِ ، فَلَا يَكُونُ لَهَا مَعَ وُجُودِهِ إِلَّا مَا كَانَ لَهَا مَعَ عَدَمِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْإِخْوَةَ مَعَ الْأَبَوَيْنِ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ عَنْ نِصْفِ مِيرَاثِهَا ، وَلَا يَأْخُذُونَ مَا حَجَبُوهَا عَنْهُ ، بَلْ يَتَوَقَّرُ ذَلِكَ عَلَى الْأَبِ ، كَذَا هُنَا . ثَلَاثُ جَدَّاتٍ مُتَحَاذِيَاتٍ وَأَبٌ ، السُّدُسُ بَيْنَهُنَّ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَلِأُمِّ الْأُمِّ عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي ، وَعَلَى الثَّالِثِ لِأُمِّ الْأُمِّ ثُلُثُ السُّدُسِ ، وَالْبَاقِي لِلْأَبِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُتَحَاذِيَاتِ جَدٌّ ^(٨) ، لَمْ يَحْجُبْ إِلَّا أُمَّهُ . أَبٌ وَأُمُّ أَبِي وَأُمُّ أُمِّ ، عَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، السُّدُسُ لِأُمِّ الْأَبِ . وَمَنْ حَجَبَ الْجَدَّةَ بِابْنِهَا أَسْقَطَ أُمُّ الْأَبِ . ثُمَّ اخْتَلَفَ الْقَائِلُونَ بِذَلِكَ ، فَقِيلَ : السُّدُسُ كُلُّهُ لِأُمِّ أُمِّ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّ الَّتِي تَحْجُبُهَا أَوْ تَزَاحِمُهَا قَدْ سَقَطَ حُكْمُهَا ، فَصَارَتْ كَالْمَعْدُومَةِ . وَقِيلَ : بَلْ لَهَا نِصْفُ السُّدُسِ عَلَى قَوْلِ زَيْدٍ ؛ لِأَنَّهُ يُورَثُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ مَعَ الْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ ، فَكَانَ لَهَا نِصْفُ السُّدُسِ . وَقِيلَ : لَا شَيْءَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا انْحَجَبَتْ بِأُمِّ الْأَبِ ، ثُمَّ انْحَجَبَتْ أُمُّ الْأَبِ بِالْأَبِ ، فَصَارَ الْمَالُ كُلُّهُ لِلْأَبِ .

(٤) في : باب ما جاء في ميراث الجددة مع ابنها ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

(٥) في : باب الجدات . السنن ١ / ٥٧ .

(٦) سقط من : م .

(٧) ذكره سعيد بن منصور ، في : باب الجدات . السنن ١ / ٥٧ .

وأخرجه الدارمي ، عن ابن سيرين ، عن ابن مسعود ، موقوفا عليه ، في : باب في الجدات ، من كتاب الفرائض .

سنن الدارمي ٢ / ٣٥٨ .

(٨) في النسخ : « جدات » . والتصحيح من الشرح الكبير ٤ / ٢١ .

١٠٧/٦ و ١٠١٨ - مسألة ؛ قال : (وَالْجَدَّاتُ الْمُتَحَاذِيَاتُ / أَنْ تَكُنَّ ^(١) أُمُّ أُمِّ أُمٍّ ، وَأُمُّ أُمِّ أُمٍّ)

يَعْنِي بِالْمُتَحَاذِيَاتِ الْمُسَاوِيَاتِ فِي الدَّرَجَةِ ، بِمِثْلِ لَا تَكُونُ وَاحِدَةً أَعْلَى مِنَ الْأُخْرَى وَلَا أُنْزَلَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْجَدَّاتِ إِنَّمَا يَرْتُنَّ كُلُّهُنَّ إِذَا كُنَّ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَمَتَى كَانَ بَعْضُهُنَّ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ ، فَالْمِيرَاثُ لِأَقْرَبِهِنَّ ، فَإِذَا قِيلَ : تَرَكَ جَدَّتَيْنِ وَارْتَيْنِ عَلَى أَقْرَبِ الْمَنَازِلِ . فَهَمَّا أُمُّ أُمِّهِ وَأُمُّ أَبِيهِ . وَإِنْ قِيلَ : تَرَكَ ثَلَاثًا . فَهِنَّ كَمَا قَالَ الْخِرَقِيُّ ، أُمُّ أُمِّ أُمٍّ وَأُمُّ أُمِّ أَبِي وَأُمُّ أَبِي أَبِي ، وَاحِدَةٌ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ ، وَاثْنَتَانِ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، وَهَمَّا أُمُّ أُمِّهِ وَأُمُّ أَبِيهِ ، كَمَا جَاءَ الْحَدِيثُ ، وَفِي دَرَجَتَيْهِنَّ أُخْرَى مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ غَيْرَ وَارْتِيَةٍ ، وَهِيَ أُمُّ أَبِي الْأُمِّ ، وَلَا يَرِثُ أَبَدًا مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ إِلَّا وَاحِدَةً ، وَهِيَ الَّتِي كُلُّ نَسَبِهَا أُمَّهُاتٌ لَا أَبٌ فِيهِنَّ . فَاحْفَظْ ذَلِكَ . فَإِنْ قِيلَ : تَرَكَ أَرْبَعًا . فَهِنَّ أُمُّ أُمِّ أُمٍّ ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي أَبِي ، وَأُمُّ أَبِي أَبِي أَبِي . وَفِي دَرَجَتَيْهِنَّ أَرْبَعٌ غَيْرُ وَارِثَاتٍ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هُنَّ فِيمَا تَقَدَّمَ ، إِلَّا أَنَّ مَذْهَبَ أَحْمَدَ لَا يُورِثُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ جَدَّاتٍ ، وَهُنَّ الثَّلَاثُ الْأَوَّلُ . وَيَحْتَمِلُ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ تَوْرِيثَهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ ، فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ كُلُّمَا زَادَ دَرَجَةٌ زَادَتْ جَدَّةٌ ، وَيرِثُ فِي الدَّرَجَةِ الْخَامِسَةِ خَمْسٌ ، وَفِي السَّادِسَةِ سِتٌّ ، وَفِي السَّابِعَةِ سَبْعٌ ، وَعَلَى هَذَا أَبَدًا ، وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : « وَإِنْ كَثُرْنَ فَعَلَى ذَلِكَ » . يَحْتَمِلُ أَنَّهُ ذَهَبَ إِلَى تَوْرِيثِ الْجَدَّاتِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَإِنْ كَثُرْنَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ وَإِنْ كَثُرْنَ فَلَا يَرِثُ إِلَّا هَؤُلَاءِ الثَّلَاثُ . فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَا يَرِثُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثٍ ؛ وَاحِدَةٌ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ ، وَاثْنَتَانِ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، وَهَمَّا أُمُّ أُمِّهِ وَأُمُّ أَبِيهِ وَأُمَّهُاتُهُمَا . وَلَا تَرِثُ جَدَّةٌ فِي نَسَبِهَا أَبٌ بَيْنَ أُمَيْنِ ، وَلَا ثَلَاثَةُ آبَاءٍ . وَإِنْ أَرَدْتَ تَنْزِيلَ الْجَدَّاتِ الْوَارِثَاتِ وَغَيْرِهِنَّ ، فَاعْلَمْ أَنَّ لِلْمَيِّتِ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى جَدَّتَيْنِ ، أُمُّ أُمِّهِ وَأُمُّ أَبِيهِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ أَرْبَعٌ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَبَوَيْهِ جَدَّتَيْنِ فَهَمَّا أَرْبَعٌ بِالنِّسْبَةِ / إِلَيْهِ ، وَفِي الثَّالِثَةِ ثَمَانٍ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَبَوَيْهِ أَرْبَعًا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، فَيَكُونُ لِوَلَدِهِمَا ثَمَانٍ . وَعَلَى هَذَا كُلُّمَا عَلَوْنَ دَرَجَةٌ تَضَاعَفَ عَدْدُهُنَّ ، وَلَا يَرِثُ مِنْهُنَّ إِلَّا ثَلَاثُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) فِي أ ، ب ، م : « تَكُونُ » .

باب مَنْ يَرِثُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ

١٠١٩ - مسألة ؛ قال : (وَيَرِثُ مِنَ الرِّجَالِ الْإِنِّ ، ثُمَّ ابْنُ الْإِنِّ وَإِنْ سَقَلَ ، وَالْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ وَإِنْ عَلَا ، وَالْأَخُ ، ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ ، وَالْعَمُّ ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ ، وَالزَّوْجُ ، وَمَوْلَى النَّعْمَةِ . وَمِنَ النِّسَاءِ ابْنَتُ ، وَبِنْتُ الْإِنِّ ، وَالْأُمُّ ، وَالْجَدَّةُ ، وَالْأُخْتُ ، وَالزَّوْجَةُ ، وَمَوْلَاةُ النَّعْمَةِ)

فهؤلاء مُجْمَعٌ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ ، وَأَكْثَرُهُمْ ثَبَتَ تَوْرِيثُهُ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، فَالابْنُ ثَبَتَ مِيرَاثُهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ ^(١) . وَابْنُ الْإِنِّ ابْنُ ^(٢) . وَالْأَبَوَانِ ثَبَتَ مِيرَاثُهُمَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِابْنَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ﴾ ^(٣) . وَالْجَدُّ يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَنَاوَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَلِابْنَيْهِ ﴾ . كَمَا دَخَلَ ابْنُ الْإِنِّ فِي عُمُومِ : ﴿ أَوْلَادِكُمْ ﴾ ^(٤) . وَالْأَخُ وَالْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ ثَبَتَ مِيرَاثُهُمَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ﴾ ^(٥) . وَوَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، وَالْأَبُ ، ثَبَتَ إِرْثُهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ﴾ ^(٦) . وَأَمَّا ابْنُ الْأَخِ لِلْأَبَوَيْنِ أَوْ لِلْأَبِ ، وَالْعَمُّ وَابْنُهُ ، وَعَمُّ الْأَبِ وَابْنُهُ ، فَثَبَتَ مِيرَاثُهُمْ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَبْقَتْ الْفُرُوسُ فَلَاؤُلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » ^(٧) . وَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ وَلَدُ الْأُمِّ ، وَلَا الْعَمُّ لِلْأُمِّ ، وَلَا ابْنُهُ ، وَلَا الْحَالُ ، وَلَا أَبُو الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنَ الْعَصَبَاتِ ، وَأَمَّا الْمَوْلَى الْمُعْتَقُ وَالْمَوْلَاةُ ، فَثَبَتَ إِرْثُهُمَا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٨) . وَالْجَدَّةُ أَطْعَمَهَا ، النَّبِيُّ ﷺ

(١) سورة النساء ١١

(٢) سقط من : م .

(٣) سورة النساء ١٢

(٤) سورة النساء ١٧٦

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠ .

(٦) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

السُّدُسَ^(٧) . وَالزَّوْجُ ثَبَتَ إِزْنُهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾^(٨) . وَالزَّوْجَةُ ثَبَتَ إِزْنُهَا^(٩) بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾^(٨) .

فصل : وَجَمِيعُهُمْ ضَرَبَانِ ؛ ذُو فَرْضٍ ، وَعَصَبَةٌ . فَالذُّكُورُ كُلُّهُمْ عَصَبَاتٌ إِلَّا الزَّوْجَ ، وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ ، وَإِلَّا الْأَبَ ، وَالْجَدَّ / مَعَ الْإِبْنِ . وَالْإِنَاثُ كُلُّهُنَّ إِذَا انْفَرَدْنَ عَنْ إِخْوَتِهِنَّ ذَوَاتُ فَرْضٍ ، إِلَّا الْمَوْلَاةُ الْمُعْتَقَةُ ، وَإِلَّا الْأَخَوَاتُ مَعَ الْبَنَاتِ . وَعَدَدُ الْعَصَبَاتِ ؛ الْإِبْنُ ، وَابْنَتُهُ وَإِنْ نَزَلَا ، وَالْأَبُ ، وَأَبْنَاهُ وَإِنْ عَلَا ، وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَابْنَاهُمَا وَإِنْ نَزَلَا ، وَالْعَمَّانِ كَذَلِكَ ، وَابْنَاهُمَا وَإِنْ نَزَلَا ، وَعَمَّا الْأَبِ ، وَابْنَاهُمَا كَذَلِكَ أَبَدًا ، وَمَوْلَى النِّعْمَةِ . وَعَدَدُ الْإِنَاثِ ؛ الْبَنَاتُ ، وَبَنَاتُ الْإِبْنِ ، وَالْأُمُّ ، وَالْجَدَّةُ مِنَ الْجِهَتَيْنِ وَإِنْ عَلَتْ ، وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْجِهَاتِ الثَّلَاثِ . وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ ، وَالزَّوْجُ ، وَالزَّوْجَةُ . وَمَنْ لَا يَسْقُطُ بِحَالِ خَمْسَةٍ ؛ الزَّوْجَانِ ، وَالْأَبَوَانِ ، وَوَلَدُ الصُّلْبِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْتُونُ بَأَنْفُسِهِمْ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمَيِّتِ يَحْجُبُهُمْ ، وَمَنْ سِوَاهُمْ مِنَ الْوَارِثِ إِنَّمَا يَمُتُ بِوَاسِطَةٍ سِوَاهُ ، فَيَسْقُطُ بِمَنْ هُوَ أَوْلَى بِالْمَيِّتِ مِنْهُ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٨) سورة النساء ١٢ .

(٩) سقط من : م .

بَابُ مِيرَاثِ الْجَدِّ

رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ قَتَادَةَ ، عَنْ الْحَسَنِ ، عَنْ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ ، أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ : إِنَّ ابْنَ ابْنِ ابْنِي مَاتَ ، فَمَالِي مِنْ مِيرَاثِهِ ؟ قَالَ : « لَكَ السُّدُسُ » . فَلَمَّا أَذْبَرَ دَعَاهُ ، فَقَالَ : « إِنَّ لَكَ سُدُسًا آخَرَ » . فَلَمَّا أَذْبَرَ دَعَاهُ ، فَقَالَ : « إِنَّ لَكَ السُّدُسَ الْآخَرَ طُعْمَةً » . قَالَ قَتَادَةُ : فَلَا تَذَرِي أَيَّ شَيْءٍ وَرَثَتُهُ . قَالَ قَتَادَةُ : أَقُلْ شَيْءٍ وَرَثَ الْجَدُّ السُّدُسَ . وَرَوَى عَنْ الْحَسَنِ أَيْضًا ، أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : أَيُّكُمْ يَعْلَمُ مَا وَرَّثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْجَدُّ ؟ فَقَالَ مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ : أَنَا ، وَرَثَتُهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ السُّدُسَ . قَالَ : مَعَ مَنْ ؟ قَالَ : لَا أَدْرِي . قَالَ : لَا ذَرَيْتَ . قَالَ : فَمَا يُعْنَى إِذَا رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٢) ، فِي « سُنَنِهِ » . قَالَ أَبُو بَكْرٍ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى أَنَّ الْجَدَّ أَبَا الْأَبِ ، لَا يَحْجُبُهُ عَنِ الْمِيرَاثِ غَيْرُ الْأَبِ ، وَأَنْزَلُوا الْجَدَّ فِي الْحَجْبِ وَالْمِيرَاثِ مَنْزِلَةَ الْأَبِ فِي جَمِيعِ الْمَوَاضِعِ ، إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، زَوْجٌ وَأَبَوَانِ . وَالثَّانِيَةُ ، / زَوْجَةٌ وَأَبَوَانِ ، لِلْأُمِّ ثُلُثُ الْبَاقِي فِيهِمَا مَعَ الْأَبِ ، وَثُلُثُ جَمِيعِ الْمَالِ لَوْ كَانَ مَكَانَ الْأَبِ جَدًّا . وَالثَّالِثَةُ ، اخْتَلَفُوا فِي الْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ لِلْأَبَوَيْنِ أَوْ لِلْأَبِ^(٣) . وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي إِسْقَاطِهِ بَيْنَ الْإِخْوَةِ وَوَلَدِ الْأُمِّ ،

١٠٨/٦ ط

(١) في : باب ما جاء في ميراث الجد ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٠ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في ميراث الجد ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذی ٨ / ٢٥٠ ، ٢٥١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٤٢٩ ، ٤٣٦ .

(٢) في : باب الجد ، السنن ١ / ٤٤ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب ميراث الجد ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٤٤ .

(٣) في م : « للابن » .

ذَكَرَهُمْ وَأَتَاهُمْ . وَذَهَبَ الصَّدِيقُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَى أَنَّ الْجَدَّ يُسْقِطُ جَمِيعَ الْإِخْوَةِ
وَالْأَخَوَاتِ مِنْ جَمِيعِ الْجِهَاتِ ، كَمَا يُسْقِطُهُمُ الْأَبُ . وَبِذَلِكَ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ ،
وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَثْمَانَ ، وَعَائِشَةَ ، وَأَبِي بَكْرٍ ، وَأَبِي الدَّرْدَاءِ ،
وَمُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ، وَأَبِي مُوسَى ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَحَكَى أَيْضًا عَنْ عِمْرَانَ بْنِ
الْحُصَيْنِ ، وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَأَبِي الطُّفَيْلِ ، وَعُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ ،
وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ . وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَنُعَيْمُ بْنُ حَمَادٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ،
وَالْمُزَنِيُّ ، وَابْنُ شُرَيْجٍ ، وَابْنُ اللَّبَّانِ^(٤) ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَكَانَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي
طَالِبٍ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، يُورَثُونَهُمْ مَعَهُ ، وَلَا
يَحْجُبُونَهُمْ بِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدُ ؛ لِأَنَّ
الْأَخَ ذَكَرَ يُعْصَبُ أُخْتَهُ ، فَلَمْ يُسْقِطْهُ الْجَدُّ ، كَالابْنِ ، وَلِأَنَّ مِيرَاثَهُمْ ثَبَتَ بِالْكِتَابِ ،
فَلَا يُحْجَبُونَ إِلَّا بِنَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ أَوْ قِيَاسٍ ، وَمَا وَجَدَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَا يُحْجَبُونَ ؛
وَلِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ فَيَتَسَاوُونَ فِيهِ ، فَإِنَّ الْأَخَ وَالْجَدَّ يُدْلِيَانِ بِالْأَبِ ،
الْجَدُّ أَبُوهُ ، وَالْأَخُ ابْنُهُ ، وَقَرَابَةُ الْبُتُوَّةِ لَا تَنْقُصُ عَنْ قَرَابَةِ الْأُبُوَّةِ ، بَلْ رُبَّمَا كَانَتْ أَقْوَى ؛
فَإِنَّ الْإِبْنَ يُسْقِطُ تَعْصِيبَ الْأَبِ ، وَلِذَلِكَ مَثَّلَهُ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بِشَجَرَةِ أَثْبَتَتْ
عُصْنَتَا ، فَانْفَرَقَ مِنْهُ غُصْنَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى الْآخَرِ أَقْرَبُ مِنْهُ إِلَى أَصْلِ الشَّجَرَةِ ،
وَمَثَّلَهُ زَيْدُ بَوَادٍ خَرَجَ مِنْهُ نَهْرٌ ، انْفَرَقَ مِنْهُ جَدُولَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى الْآخَرِ أَقْرَبُ مِنْهُ
إِلَى الْوَادِي . وَاحْتَجَّ مَنْ ذَهَبَ إِلَى بَكْرِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
«الْحَقُّوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، وَمَا بَقِيَ فَلِأُولَى عَصَبَةٍ ذَكَرَ»^(٥) . وَالْجَدُّ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ ،
بِدَلِيلِ الْمَعْنَى وَالْحُكْمِ ؛ أَمَّا الْمَعْنَى فَإِنَّهُ لَهُ قَرَابَةُ إِبِلَادٍ وَبَعْضِيَّةٌ كَالْأَبِ ، وَأَمَّا الْحُكْمُ فَإِنَّ / ١٠٩٦
الْفُرُوضَ إِذَا اِزْدَحَمَتْ سَقَطَ الْأَخُ دُونَهُ ، وَلَا يُسْقِطُهُ أَحَدٌ إِلَّا الْأَبُ ، وَالْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ

(٤) محمد بن عبد الله بن الحسن ، ابن اللبان الفرضي ، الفقيه الشافعي ، إمام عصره في الفرائض وقسمة التركات ، توفي
سنة اثنتين وأربعمئة . طبقات الشافعية الكبرى ٤ / ١٥٤ ، ١٥٥ .

(٥) تقدم ترجمته في صفحة ٢٠ .

يَسْقُطُونَ بثلاثة ، ويُجمَعُ له بين الفرض^(٦) والتعصيب ، كالأب ، وهم ينفردون بواحد منهما ، ويُسْقَطُ ولد الأم ، وولَد الأب يَسْقُطُونَ بهم بالإجماع إذا استغرقت الفروض المال ، وكانوا عَصَبَةً ، وكذلك ولَد الأبوين في المشتركة عند الأكثرين ، ولأنه لا يُقْتَلُ بِقَتْلِ ابنِ ابنه ، ولا يُحَدُّ بِقَذْفِهِ ، ولا يُقَطَّعُ بِسَرْقَةِ مَالِهِ ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، وَيُمنَعُ من دَفْعِ زَكَاتِهِ إِلَيْهِ ، كالأب سَوَاءً ، فدلَّ ذلك على قُوَّتِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فالحديث حُجَّةٌ في تقديم الأَحْوَاتِ ؛ لِأَنَّ فُرُوضَهُنَّ في كتابِ اللَّهِ ، فَيَجِبُ أَنْ تُلْحَقَ بِهِنَّ فُرُوضُهُنَّ ، وَيَكُونُ لِلجَدِّ مَا يَبْقَى . فالجواب ، أَنَّ هذا الخبر حُجَّةٌ في الذُّكُورِ الْمُنفَرِدِينَ ، وفي الذُّكُورِ مع الإناث . أَوْ نقولُ : هو حُجَّةٌ في الجميع ، ولا فَرَضُ لولِدِ الأبِّ مع الجدِّ ؛ لِأَنَّهُمْ كِلَاؤُهُ ، وَالْكِلَالَةُ اسْمٌ لِلوَارِثِ مع عَدَمِ الوَلَدِ والوالِدِ ، فلا يكونُ لهم معه إِذَا فَرَضَ . حُجَّةٌ أُخْرَى ، قالوا : الجدُّ أَبٌ ، فَيَحْبُبُ وَلَدَ الأبِّ ، كالأبِّ الحقيقِي . ودليل كونه أبا قوله تعالى : ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾^(٧) . وقول يوسف : ﴿ وَابْتَغِ مِثْلَهُ لَعَلَّكَ أَبَاهُ يَرْضَاهُ ﴾^(٨) . وقوله : ﴿ كَمَا أَتَمَّهَا عَلَى أَبَوَيْكَ مِنْ قَبْلُ إِبْرَاهِيمَ ﴾^(٩) . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « ارْزُومُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فَإِنْ أَبَاهُمْ كَانَ رَامِيًا »^(١٠) . وقال : « سَامُ أَبُو الْعَرَبِ ، وَحَامُ أَبُو الْحَبَشِ »^(١١) . وقال : « نَحْنُ بَنِي النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ ، لَا نَقْفُوا أُمَّنَا ، وَلَا نَنْتَهِي »^(١٢) مِنْ أَيْنَا »^(١٣) . وقال الشاعر^(١٤) :

(٦) في ١ : « الفروض » .

(٧) سورة الحج ٧٨ .

(٨) سورة يوسف ٣٨ .

(٩) سورة يوسف ٦ .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب التحريض على الرمي ... ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَادْعُ إِلَى كِتَابِ إِسْمَاعِيلَ ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب نسبة اليمن إلى إسماعيل ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٤ / ٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، في : الرمي في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٤١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٦٤ ، ٤ / ٥٠ .

(١١) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٩ ، ١٠ ، ١١ .

(١٢) في الأصل ، م : « تنفى » .

(١٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من نفى رجلاً من قبيلة ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٧١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٢١١ ، ٢١٢ .

(١٤) الحماسة ١ / ٧٧ . وفيها أنه لبعض بني قيس بن ثعلبة ، ويقال إنه لبشامة بن حزن النهشلي . وشرح ديوان الحماسة للمرزوقي ١ / ١٠٠ ، وفيه أنه لبشامة بن جزء النهشلي . وانظر حاشية شرح ديوان الحماسة .

إِنَّا بَنَى نَهْشَلٍ لَا نَدْعَى لِأَبٍ عَنْهُ وَلَا هُوَ بِالْأَبْنَاءِ يَشْرِينَا

فوجب أن يحجب الإخوة ، كالأب الحقيقي ، يُحقق هذا أن ابن الابن وإن سفلَ يقوم مقام أبيه في الحجب ، وكذلك أبو الأب يقوم مقام ابنه ؛ ولذلك قال ابن عباس : ألا يتقضى الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابناً ، ولا يجعل أباً الأب أباً . ولأن بينهما إيلاداً / وبعضية ١٠٩/٦ ط وجزية ، وهو يساوي الأب في أكثر أحكامه ، فيساويه في هذا الحجب . يحققه أن أب الأب وإن علا يسقط بنى الإخوة ، ولو كانت قرابة الجد والأخ واحدة ، لوجب أن يكون أبو الجد مساوياً لبنى الأخ ، لتساوى درجة من أدليا به . والله أعلم . ولا تفرع على هذا القول لوضوحه .

فصل : اختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم ، فكان على ، رضى الله عنه ، يفرض للأخوات فروضهن ، والباقي للجد ، إلا أن ينقصه ذلك من السدس ، فيفرضه له ، فإن كانت أخت لأبوين ، وإخوة لأب ، فرض للأخت النصف ، وقاسم الجد الإخوة فيما بقي ، إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس ، فتفرضه له . فإن كان الإخوة كلهم عصبية ، قاسمهم الجد إلى السدس . فإن اجتمع ولد الأب وولد الأبوين مع الجد ، سقط ولد الأب ، ولم يدخلوا في المقاسمة ، ولا يعتد بهم . وإن انفرد ولد الأب ، قاموا مقام ولد الأبوين مع الجد . وصنع ابن مسعود في الجد مع الأخوات كصنع على ، عليه السلام ، وقاسم به الإخوة إلى الثلث ، فإن كان معهم أصحاب فرائض ، أعطى أصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم صنع صنيع زيد في إعطاء الجد الأحظ من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال ، وعلى يقاسم به بعد أصحاب الفرائض ، إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ، ولا يقاسم به . وقال بقول على ، الشعبي ، والنخعي ، والمغيرة بن المقسم^(١٥) ، وابن أبي ليلى ، والحسن بن

(١٥) المغيرة بن مقسم الضبي ، مولاهم ، من فقهاء التابعين بالكوفة ، توفي سنة ثلاث وثلاثين ومائة . طبقات الفقهاء ، للشيرازي ٨٣ ، تهذيب التهذيب ١٠ / ٢٦٩ .

صَالِح. وَذَهَبَ إِلَى قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ، مَسْرُوقٍ، وَعَلَقَمَةَ، وَشُرَيْحَ. وَأَمَّا مَذْهَبُ زَيْدٍ فَهُوَ
الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ، وَسَنَشْرُحُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَحْمَدُ. وَبِهِ قَالَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ،
وَأَهْلُ الشَّامِ، وَالثَّوْرِيُّ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَالنَّخَعِيُّ، وَالْحَجَّاجُ بْنُ أَرْطَاةَ^(١٦)، وَمَالِكٌ،
وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو يُونُسَ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ، وَأَبُو عُبَيْدٍ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ. / ١١٠/٦

١٠٢٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ : (وَمَذْهَبُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي
الْجَدِّ ، قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَإِذَا كَانَ إِخْوَةٌ وَأُخَوَاتٌ وَجَدُّ ،
قَاسَمَهُمْ^(١) الْجَدُّ بِمَنْزِلَةِ أَخٍ ، حَتَّى يَكُونَ الثَّلَاثُ خَيْرًا لَهُ^(٢) ، فَإِذَا^(٣) كَانَ الثَّلَاثُ خَيْرًا
لَهُ ، أُعْطِيَ ثُلُثَ جَمِيعِ الْمَالِ)

وجملة ذلك أن مذهب زيد في الجد مع الإخوة ، والأخوات للأبوين ، أو للأب ، أنه
يُعْطِيهِ الْأَخْطَ مِنْ شَيْئَيْنِ ؛ إِمَّا الْمُقَاسِمَةَ ، كَأَنَّهُ أَخٌ ، وَإِمَّا ثُلُثَ جَمِيعِ الْمَالِ . فَعَلَى هَذَا
إِذَا كَانَ الْإِخْوَةُ اثْنَيْنِ ، أَوْ أَرْبَعَ أُخَوَاتٍ ، أَوْ أَخًا وَأَخْتَيْنِ ، فَالْثُلُثُ وَالْمُقَاسِمَةُ سَوَاءٌ ،
فَأُعْطِيَهُ مَا شِئْتَ مِنْهُمَا . وَإِنْ نَقَصُوا عَنْ ذَلِكَ ، فَالْمُقَاسِمَةُ أَحْظُّ لَهُ^(٤) ، فَقَاسِمٌ بِهِ لَا
غَيْرَ . وَإِنْ زَادُوا ، فَالْثُلُثُ خَيْرٌ لَهُ ، فَأُعْطِيَهُ إِيَّاهُ . وَسَوَاءٌ كَانُوا مِنْ أَبِي أَوْ مِنْ أَبَوَيْنِ . فَإِنْ
اجْتَمَعَ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَدُ الْأَبِ ، فَإِنَّ وَلَدَ الْأَبَوَيْنِ يُعَادُونَ^(٥) الْجَدَّ بَوْلَدِ الْأَبِ ، وَيَحْتَسِبُونَ
بِهِمْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ مَا حَصَلَ لَهُمْ أَخَذَهُ مِنْهُمْ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ أَخْتًا
وَاحِدَةً ، فَتَأْخُذُ مِنْهُمْ تَمَامَ نِصْفِ الْمَالِ ، ثُمَّ مَا فَضَلَ فَهُوَ لَهُمْ . وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُفْضَلَ عَنْهُمْ
أَكْثَرُ مِنَ السُّدُسِ ؛ لِأَنَّ أَذْنَى مَا لِلْجَدِّ الثَّلَاثُ ، وَلِلْأَخْتِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِي بَعْدَهُمَا هُوَ
السُّدُسُ .

(١٦) الْحَجَّاجُ بْنُ أَرْطَاةَ الْكُوفِيُّ الْقَاضِي الْفَقِيهِ الْمُفْتَى ، رَوَى عَنِ الشَّعْبِيِّ وَعَطَاءَ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٢ / ١٩٦ .

(١) فِي ١ ، ب ، م : « قَاسَمَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « فَإِنْ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٥) هُمُ يُتَعَادُونَ : إِذَا اشْتَرَكُوا فِيمَا يُعَادُ فِيهِ بَعْضُهُمْ بَعْضًا . وَالْعِدَائِدُ : الَّذِينَ يُعَادُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا فِي الْمِيرَاثِ . اللِّسَانُ

(ع د د) .

١٠٢١ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ مَعَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةُ وَالْأُخَوَاتُ أَصْحَابُ فَرَائِضَ ، أُعْطِيَ أَصْحَابُ الْفَرَائِضِ فَرَائِضَهُمْ ، ثُمَّ نَظِرَ ^(١) فِيمَا بَقِيَ ، فَإِنْ كَانَتْ الْمُقَاسِمَةُ خَيْرًا لِلْجَدِّ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ ، وَمِنْ سُدُسِ جَمِيعِ الْمَالِ ، أُعْطِيَ الْمُقَاسِمَةُ ، وَإِنْ كَانَ ثُلُثُ مَا بَقِيَ خَيْرًا لَهُ مِنَ الْمُقَاسِمَةِ ، وَمِنْ سُدُسِ جَمِيعِ الْمَالِ ، أُعْطِيَ ثُلُثُ مَا بَقِيَ ، فَإِنْ كَانَ سُدُسُ جَمِيعِ الْمَالِ أَحْظَ لَهُ مِنَ الْمُقَاسِمَةِ ، وَمِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ ، أُعْطِيَ سُدُسُ جَمِيعِ الْمَالِ)

أَمَّا كَوْنُهُ لَا يَنْقُصُ عَنْ سُدُسِ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ فَلَأَنَّهُ لَا يَنْقُصُ عَنْ ذَلِكَ مَعَ الْوَلَدِ الَّذِي هُوَ أَقْوَى ، فَمَعَ غَيْرِهِمْ أَوْلَى . وَأَمَّا إِعْطَاؤُهُ ثُلُثَ الْبَاقِي إِذَا كَانَ أَحْظَ لَهُ ، فَلَأَنَّ لَهُ الثُّلُثَ مَعَ عَدَمِ الْفُرُوضِ ، فَمَا أُخِذَ بِالْفُرْضِ ، فَكَأَنَّهُ ذَهَبَ مِنَ الْمَالِ ، فَصَارَ ثُلُثُ الْبَاقِي بِمَنْزِلَةِ ثُلُثِ جَمِيعِ الْمَالِ . وَأَمَّا الْمُقَاسِمَةُ فَهِيَ لَهُ مَعَ عَدَمِ الْفُرُوضِ ، / فَكَذَلِكَ مَعَ وُجُودِهَا ، ^{١١٠/٦} ظ فَعَلَى هَذَا مَتَى زَادَ الْإِخْوَةُ عَنِ اثْنَيْنِ ، أَوْ مَنْ يَعْدِلُهُمْ مِنَ الْإِنَاثِ ، فَلَا حَظَّ لَهُ فِي الْمُقَاسِمَةِ ، وَمَتَى نَقَصُوا عَنْ ذَلِكَ فَلَا حَظَّ لَهُ فِي ثُلُثِ الْبَاقِي ، وَمَتَى زَادَتْ الْفُرُوضُ عَلَى النِّصْفِ فَلَا حَظَّ لَهُ فِي ثُلُثِ مَا بَقِيَ ، وَإِنْ نَقَصَتْ عَنِ النِّصْفِ فَلَا حَظَّ لَهُ فِي السُّدُسِ ، وَإِنْ كَانَ الْفَرَضُ النِّصْفَ فَحَسَبُ اسْتَوَى السُّدُسُ وَثُلُثُ الْبَاقِي ، وَإِنْ كَانَ الْإِخْوَةُ اثْنَيْنِ اسْتَوَى ثُلُثُ الْبَاقِي وَالْمُقَاسِمَةُ

١٠٢٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْقُصُ الْجَدُّ أَبَدًا مِنْ سُدُسِ جَمِيعِ الْمَالِ ، أَوْ تَسْمِيَّتُهُ إِذَا زَادَتْ السَّهَامُ)

هَذَا قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنَّهُ رُوِيَ عَنِ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ قَالَ : إِنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ كَتَبَ إِلَى عَلِيٍّ فِي سِتَّةِ إِخْوَةٍ وَجَدَّ . فَكَتَبَ إِلَيْهِ : اجْعَلِ الْجَدَّ سَابِعَهُمْ ، وَامْحُ كِتَابِي هَذَا ^(١) .

(١) فِي م : « يَنْظُر » .

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ كَيْفِيَةِ الْمُقَاسِمَةِ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ وَالْأُخَوَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى

٦ / ٢٤٩ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ إِذَا تَرَكَ إِخْوَةً ... ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . الْمُصَنَّفُ ١١ / ٢٩٣ .

ورُوي عنه في سبعة إخوة وجدّ ، أن الجدّ ثامنهم . وحكى عن عمران بن حصين والشعبيّ المقاسمة إلى نصف سُدُسِ المَالِ . ولنا ، أن الجدّ لا يُنْقَصُ عن^(٢) السُدُسِ مع البنين ، وهم أقوى ميراثاً من الإخوة ؛ فإنهم يُسْقِطُونَهُمْ ،^(٣) فلاَن لا^(٤) يُنْقَصَ عنه مع الإخوة أولى ، ولأن النبي ﷺ أطعمَ الجدّ السُدُسَ^(٥) ، فلا ينبغي أن يُنْقَصَ منه . وأمّا قوله : « أو تُسميته إذا زادت السهام » . فإنه يعني إذا عالت المسألة ، فإنه يُسمّى له السُدُسُ ، وهو ناقصٌ عن السُدُسِ ، ألا ترى أننا نقول في زوج وأمّ وابنتين وجدّ : له السُدُسُ . ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهماً وهما ثلثا^(٦) الخمس . ومتى أفضت المسألة إلى العول ، سقطت الإخوة والأخوات ، إلّا في الأكدرية . ولا يُنْقَصُ الجدّ عن السُدُسِ الكامل في مسألة يرث فيها أحدٌ من الإخوة والأخوات .

١٠٢٣ - مسألة ؛ قال : (وإذا كان أخ لأب وأمّ ، وأخ لأب ، وجدّ ، قاسم الجدّ الأخ للأب والأمّ ، والأخ للأب ، على ثلاثة أسهم ، ثم رجع الأخ للأب والأمّ على ما في يد أخيه لأبيه ، فأخذه)

قد ذكرنا أن الجدّ يُقاسمُ / الإخوة كأخ ، ما لم تنقصه المقاسمة عن^(١) الثلث ، وأنّ ولَدَ الأبوين يُعادون الجدّ بولَدِ الأب ، ثم يأخذون ما حصل لهم ، وأنّه متى كان اثنان من الإخوة وجدّ ، استوى الثلث والمُقاسمة . ففي هذه المسألة قد استوى الثلث والمُقاسمة ، ولذلك اقتسما على ثلاثة ، لكل واحد سهم ، ثم أخذ الأخ للأبوين ما حصل لأخيه من أبيه . وإن شئت فرضت للجدّ الثلث ، والباقي لولَدِ الأبوين . وإن زاد

(٢) في الأصل ، ١ : « من » .

(٣-٣) في الأصل ، ١ : « فللا » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٦٥ .

(٥) في النسخ : « ثلث » .

(١) في الأصل ، ١ : « من » .

عَدُّ الإخوة على اثنين أو مَنْ يَعْدِلُهُمَا مِنَ الْأَخَوَاتِ ، فافترض للجدِّ الثُّلثَ ، والباقي لولَدِ
الأبوين . هذا مذهبُ زَيْدٍ . وأما عليٌّ ، وابنُ مسعودٍ ، فإنَّهُما يُقاسِمَانِ به وَلَدَ الأبوين ،
وَيُسْقِطَانِ وَلَدَ الأبِّ ، ولا يَعْتَدَانِ به ؛ لأنَّهُ مَحْجُوبٌ بِوَلَدِ الأبوين ، فلا يُعْتَدُ به كَوَلَدِ
الأمِّ ، وقَسَمَا هذه المسألة بين الجدِّ والأخ من الأبوين نصفين ، وأسقطا الأخ من الأب .
ولنا ، أَنَّ الجدَّ والدَّ ، فإذا حَجَبَهُ أَخَوَانِ وَارِثَانِ ، جازَ أَنْ يَحْجُبَهُ أَخٌ وَارِثٌ ، وَأَخٌ غَيْرُ
وارِثٍ ، كالأمِّ ، ولأنَّ وَلَدَ الأبِّ يَحْجُبُونَهُ إِذَا انفردوا ، فيَحْجُبُونَهُ مع غيرهم ، كالأمِّ ،
ويفارقُ وَلَدَ الأمِّ ؛ لأنَّ الجدَّ يَحْجُبُهُمْ ، فلا يَتَّبَعِي أَنْ يَحْجُبُوهُ بخلافِ وَلَدِ الأبِّ ؛ فإنَّ
الجدَّ لا يَحْجُبُهُمْ ، فجازَ أَنْ يَحْجُبُوهُ إِذَا حَجَبَهُمْ غَيْرُهُ ، كما يَحْجُبُونَ الأمِّ ، وإنْ كانوا
محجوبين بالأبِّ . وأما الأخ من الأبوين ، فهو أقوى تَعْصِيًا من الأخ من الأبِّ ، فلا يَرِثُ
معه شيئا ، كما لو انفردا عن الجدِّ ، فيأخذُ ميراثَهُ ، كما لو اجتمع ابنٌ ، وابنُ ابنٍ ، حَجَبَهُ
وَأَخَذَ ميراثَهُ . فإن قيل : فالجدُّ يَحْجُبُ وَلَدَ الأمِّ ، ولا يأخذُ ميراثَهُ ، والإخوة يَحْجُبُونَ
الأمِّ وإن لم يأخذوا ميراثها . قلنا : الجدُّ وَلَدَ الأمِّ يَحْتَلِفُ سَبَبُ اسْتِحْقاقِهما
للميراثِ ، وكذلك سائرُ مَنْ يَحْجُبُ ولا يأخذُ ميراثَ المَحْجُوبِ ، وههنا سَبَبُ
اسْتِحْقاقِ الإخوةِ للميراثِ الأُخُوَّةُ والعُصُوبَةُ ، فأيُّهما قَوِيٌّ حَجَبَ الآخرَ ، وأخذَ
ميراثَهُ . وقد مُثِّلَتْ هذه المسألةُ بمسألةٍ في الوصايا ، وهى إذا أوصى لِرَجُلٍ بثلثِ ماله ،
ولآخرَ بمائةٍ ، وثلثُ^(٢) التَّمَامِ على المائةِ ، وكان ثلثُ المالِ مائتينِ ، فإنَّ الموصى
١١١/٦ ظ له بالمائةِ يَراحمُ صاحبَ /الثلثِ بِصاحبِ التَّمَامِ ، فيُقاسِمُهُ الثُّلثُ نصفينِ ، ثم يَحْتَصِرُ
صاحبُ المائةِ بها ، ولا يَحْصُلُ لصاحبِ التَّمَامِ شيءٌ .

فصل : أَخٌ لِأَبَوَيْنِ وَأَخْتَانِ لِأَبٍ وَجَدَّ ، للجدِّ الثُّلثُ ، والباقي للأخ . وفي قول
عليٍّ ، وابنِ مسعودٍ : المَالُ بينَهُ وبينَ الجدِّ نصفينِ . أَخٌ وَأَخْتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ وَأَخْتٌ مِنْ أَبٍ
وَجَدَّ ، فللجدِّ الثُّلثُ ، والباقي بينَ وَلَدِ الأبوينِ على ثلاثةٍ ، وَصَحَّحَ مِنْ تَسْعَةٍ . وفي قول
عليٍّ وابنِ مسعودٍ : المَالُ بينَ وَلَدِ الأبوينِ والجدِّ على خَمْسَةٍ . أَخٌ لِأَبَوَيْنِ وَأَخْتٌ لِأَبٍ

(٢) في ١ ، م : « ولا آخر » .

وجَدَّ ، المال بينهم على خمسة ؛ للجدِّ سَهْمَانِ ، والباقي للأخ . وعندهما المال بينهما نصفين .

فصل : أَخَوَانِ لِأَبَوَيْنِ وَأَخٌ لِأَبٍ ، وَجَدَّ ، للجدِّ الثُّلُثُ ، والباقي للأخوين للأبوين عند الجميع . وَإِنْ كَانَ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ثَلَاثَةً ، فَلِلْجَدِّ الثُّلُثُ أَيْضًا عِنْدَ زَيْدٍ . وَعِنْدَ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ : لَهُ الرُّبْعُ ؛ لِأَنَّهُمَا يُقَاسِمَانِ بِهِ إِلَى السُّدُسِ . أَخٌ وَأُخْتُ مِنْ أَبَوَيْنِ وَأَخٌ مِنْ أَبٍ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، فَلِلْجَدِّ الثُّلُثُ ، وعندهما للجدِّ الخُمُسَانِ ، وللأخ الخُمُسُ .

١٠٢٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ أَخٌ وَأُخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، أَوْ لِأَبٍ ، وَجَدَّ ، كَانَ الْمَالُ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأَخِ وَالْأُخْتِ عَلَى خُمُسَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، وَلِلْأَخِ سَهْمَانِ ، وَلِلْأُخْتِ سَهْمٌ)

المُقَاسِمَةُ هُنَا خَيْرٌ لِلْجَدِّ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ لَهُ بِهَا خُمُسَا الْمَالِ ، وَذَلِكَ خَيْرٌ لَهُ مِنَ الثُّلُثِ . وَكَذَلِكَ كُلَّمَا نَقَصَ الْإِخْوَةُ عَنْ اثْنَيْنِ ، أَوْ مَنْ يَعْدِلُهُمْ مِنَ الْإِنَاثِ ، كَثَلَاثِ أَخَوَاتٍ ، أَوْ أُخْتَيْنِ ، أَوْ أَخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ أُخْتٍ وَاحِدَةٍ ، فَلَيْسَ فِيهَا إِلَّا الْمُقَاسِمَةُ بِهِ كَأَخٍ . وَهَذَا قَوْلُ زَيْدٍ ، وَعَلِيٍّ ، وَعَبْدِ اللَّهِ ، إِذَا كَانُوا عَصَبَةً ، فَأَمَّا إِنْ كُنَّ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّدَاتٍ ، فَإِنَّ عَلِيًّا ، وَابْنَ مَسْعُودٍ ، يَفْرِضَانِ لَهُنَّ فُرُوضَهُنَّ ، ثُمَّ يُعْطِيَانِ الْجَدَّ مَا بَقِيَ .

١٠٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ أُخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَأُخْتُ لِأَبٍ ، وَجَدَّ ، كَانَتْ الْفَرِيشَةُ ^(١) بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتَيْنِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ أُخْتٍ سَهْمٌ ، / ثُمَّ رَجَعَتِ الْأُخْتُ لِلْأُمِّ وَالْأَبِ ، فَأُخْذَتْ مِمَّا ^(٢) فِي يَدِ أُخِيهَا لَتَسْتَكْمِلَ التَّصَنَّفَ)

المُقَاسِمَةُ هُنَا أَحْظُ لِلْجَدِّ ، وَتَعْتَدُ الْأُخْتُ لِلْأَبَوَيْنِ عَلَى الْجَدِّ بِأُخْتِيهَا مِنْ أَبِيهَا ،

(١-١) في م : للجد .

(٢) في ا : ما .

فَيَصِيرُ لَهُ النِّصْفُ ، وَلَهُمَا النِّصْفُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدَةٍ سَهْمٌ ، ثُمَّ تَأْخُذُ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ مَا بَقِيَ فِي يَدِ أُخْتِهَا ، لِتَسْتَكْمِلَ تَمَامَ فَرَضِهَا ، وَهُوَ جَمِيعُ مَا فِي يَدِهَا ، فَلَا يَبْقَى لَهَا شَيْءٌ ، وَتَصِيرُ كَمَا لَوْ كَانَ مَعَهَا بِنْتُ ، فَأَخَذَتْ الْبِنْتُ النِّصْفَ ، وَبَقِيَ النِّصْفُ ، فَإِنَّ الْأُخْتَ مِنَ الْأَبَوَيْنِ تَأْخُذُهُ جَمِيعَهُ ، فَلَا يَبْقَى لِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ شَيْءٌ .

فصل : فَإِنْ كَانَ مَعَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أُخْتَانِ مِنْ أَبِي ، كَانَ الْمَالُ بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَ الْجَدِّ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِلْجَدِّ اثْنَانِ ، وَلَهُنَّ ثَلَاثَةٌ ، ثُمَّ تَأْخُذُ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ مِنْ أُخْتَيْهَا تَمَامَ النِّصْفِ ، وَهُوَ سَهْمٌ وَنِصْفٌ ، يَبْقَى لهُمَا نِصْفُ سَهْمٍ بَيْنَهُمَا ، لِكُلِّ وَاحِدَةٍ رُبْعٌ سَهْمٍ ، فَتَضْرِبُ مَخْرَجَ الرُّبْعِ ، وَهُوَ أَرْبَعَةٌ فِي خَمْسَةِ ، تُكُنَّ عَشْرِينَ ؛ لِلْجَدِّ ثَمَانِيَّةٌ ، وَلِلْأُخْتِ لِلأَبَوَيْنِ عَشْرَةٌ ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ أُخْتَيْهَا سَهْمٌ . فَإِنْ كَانَ مَعَهَا ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ ، أَوْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ لِلْجَدِّ إِلَّا الثُّلُثُ ، وَلَهَا النِّصْفُ ، وَيَبْقَى السُّدُسُ بَيْنَ الْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ وَإِنْ كَثُرْنَ . وَإِنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ أُخْتَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، فَلَيْسَ لِلْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ شَيْءٌ وَإِنْ كَثُرْنَ ؛ لِأَنَّ فَرَضَ الْأُخْتَيْنِ الثُّلَاثَيْنِ ، وَالْجَدُّ لَا يَنْقُصُ عَنْ الثُّلُثِ ، فَلَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ شَيْءٌ ، وَلَئِنْ الْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ يُسْقِطَنَّ الْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ بَاسْتِكْمَالِ الثُّلَاثَيْنِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ جَدٌّ ، فَمَعَ الْجَدُّ أَوَّلَى . وَلَيْسَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافٌ . فَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْخِرْقَى ، فَإِنَّ عَلِيًّا وَعَبْدَ اللَّهِ يَفْرُضَانِ لِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ النِّصْفَ ، وَلِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ السُّدُسَ ، وَالْبَاقِي لِلْجَدِّ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مَعَهَا أُخْتَانِ أَوْ أَخَوَاتٍ مِنْ أَبِي .

١٠٢٦ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ مَعَ الْبَنَاتِ مِنَ الْأَبِ أَخَوَاتٌ ، كَانَ الْمَالُ

ظ ١١٢/٦ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأَخِ وَالْأُخْتَيْنِ عَلَى سِتَّةِ أَسْهُمٍ ؛ لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، وَلِلْأَخِ سَهْمَانِ ، / وَلِكُلِّ أُخْتٍ سَهْمٌ ، ثُمَّ رَجَعَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمُّ عَلَى الْأَخِ وَالْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ ، فَأَخَذَتْ مِمَّا فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِتَسْتَكْمِلَ النِّصْفَ ، فَتَصِحَّ الْفَرِيزَةُ مِنْ ثَمَانِيَّةِ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِلْجَدِّ سِتَّةُ أَسْهُمٍ ، وَلِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ تِسْعَةُ أَسْهُمٍ ، وَلِلْأَخِ سَهْمَانِ ، وَلِلْأُخْتِ سَهْمٌ)

المُقاسمة ههنا والثُلث سواء ، فإن قاسمت به كان المال بينهم على سِتَّة أسهم ، يأخذ الجَدُّ سَهْمَيْنِ ، ثُمَّ يَكْمُلُ لِلأُخْتِ ثَمَامُ النِّصْفِ مِمَّا فِي أَيْدِيهِمَا ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ ، يَبْقَى لَهَا^(١) سَهْمٌ عَلَى ثَلَاثَةِ لَا يَصِيحُ ، فَتَضْرِبُ ثَلَاثَةً فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، كَمَا قَالَ الْخِرَقِيُّ . وَإِنْ زَادَ وَلَدُ الْأَبِ عَلَى هَذَا لَمْ يَزَادُوا عَلَى السُّدُسِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ لَا يَنْقُصُ عَنِ الثُّلُثِ ، وَالْأُخْتُ لَا تَنْقُصُ عَنِ النِّصْفِ ، فَلَا يَبْقَى إِلَّا السُّدُسُ .

١٠٢٧ - مسألة الأَكْدَرِيَّة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأُخْتٌ وَجَدٌ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ ، وَلِلْأُخْتِ النِّصْفُ ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ)

ثُمَّ يَقْسَمُ سُدُسُ الْجَدِّ وَنِصْفُ الْأُخْتِ بَيْنَهُمَا ، عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، وَلِلْأُخْتِ سَهْمٌ ، فَتَصِيحُ الْفَرِيضَةُ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ سَهْمًا ، لِلزَّوْجِ تِسْعَةُ أَسْهُمٍ ، وَلِلْأُمِّ سِتَّةٌ ، وَلِلْجَدِّ ثَمَانِيَةٌ ، وَلِلْأُخْتِ أَرْبَعَةٌ . وَتُسَمَّى هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الْأَكْدَرِيَّةُ . وَلَا يُفْرَضُ لِلْجَدِّ مَعَ الْأُخْتِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . قِيلَ : إِنَّمَا سُمِّيَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الْأَكْدَرِيَّةُ ، لِتَكْدِيرِهَا لِأَصُولِ زَيْدٍ فِي الْجَدِّ ؛ فَإِنَّهُ أَعَالَهَا ، وَلَا عَوْلَ عِنْدَهُ فِي مَسَائِلِ الْجَدِّ ، وَفَرَضَ لِلْأُخْتِ مَعَهُ ، وَلَا يُفْرَضُ لِأُخْتٍ مَعَ جَدٍّ ، وَجَمَعَ سِهَامَهُ وَسِهَامَهَا ، فَقَسَمَهَا بَيْنَهُمَا ، وَلَا نَظِيرَ لذلِكَ . وَقِيلَ : سُمِّيَتْ الْأَكْدَرِيَّةُ ؛ لِأَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ سَأَلَ عَنْهَا رَجُلًا اسْمُهُ الْأَكْدَرُ ، فَأَقْبَى فِيهَا عَلَى مَذْهَبِ زَيْدٍ ، وَأَخْطَأَ فِيهَا ، فَتُسَبِّتُ إِلَيْهِ . وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِيهَا ؛ فَمَذْهَبُ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِّيقِ وَمُوَافِقِيهِ ، إِسْقَاطُ الْأُخْتِ ، وَيَجْعَلُ لِلْأُمِّ الثُّلُثَ ، وَمَا بَقِيَ لِلْجَدِّ . وَقَالَ عَمْرٌ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ : لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُخْتِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ ، وَعَالَتْ إِلَى ثَمَانِيَةٍ . وَجَعَلُوا لِلْأُمِّ السُّدُسَ كَمَا لَا يُفَضَّلُهَا عَلَى الْجَدِّ . وَقَالَ عَلِيُّ ، وَزَيْدٌ : لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُخْتِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ ، وَأَعَالَاهَا^(١) إِلَى تِسْعَةٍ ، وَلَمْ يَخْجُبَا الْأُمَّ عَنِ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ

١١٣/٦ و

(١) فِي م : هَاهَا .

(١) فِي الْأَصْلِ ، أ : هَاهَا .

الله تعالى إِنْما حَبَّيْهَا بِالْوَلَدِ وَالْإِخْوَةِ ، وليس هُنَا وَلَدٌ وَلَا إِخْوَةٌ . ثم إِنْ عَمَر ، وَعَلِيًّا ، وابنَ مَسْعُودٍ ، أَبَقُوا النَّصْفَ لِلْأُخْتِ ، وَالسُّدُسَ لِلْجَدِّ ، وَأَمَّا زَيْدٌ فَإِنَّهُ ضَمَّ نِصْفَهَا إِلَى سُدُسِ الْجَدِّ ، فَقَسَمَهُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ مَعَهُ إِلَّا بِحُكْمِ الْمَقَاسِمَةِ ، وَإِنَّمَا حَمَلَ زَيْدٌ عَلَى إِعَالَةِ الْمَسْأَلَةِ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَفْرِضْ لِلْأُخْتِ لَسَقَطَتْ ، وَلَيْسَ فِي الْفَرِيضَةِ مَنْ يُسْقِطُهَا ، وَقَدْ رَوَى عَنْ قَبِيصَةَ بِنِ ذُوَيْبٍ أَنَّهُ قَالَ : مَا قَالَ ذَلِكَ زَيْدٌ ، وَإِنَّمَا قَاسَ أَصْحَابُهُ عَلَى أَصُولِهِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ هُوَ شَيْعًا . فَإِنْ قِيلَ : فَلَا تُخْتُ مَعَ الْجَدِّ عَصَبَةٌ ، وَالْعَصَبَةُ تَسْقُطُ بِاسْتِكْمَالِ الْفُرُوضِ . قُلْنَا : إِنَّمَا يُعَصِّبُهَا الْجَدُّ ، وَلَيْسَ بِعَصَبَةٍ مَعَ هَوْلَاءِ ، بَلْ يُفَرِّضُ لَهُ ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْأُخْتِ أَخٌ لَسَقَطَ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ فِي نَفْسِهِ . وَلَوْ كَانَ مَعَ الْأُخْتِ أُخْرَى ، أَوْ أَخٌ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، لَا تُحَبِّبُ الْأُمُّ إِلَى السُّدُسِ ، وَيَقْبَى لَهَا السُّدُسُ ، فَأَخَذُوهُ ، وَلَمْ تُعَلِّ الْمَسْأَلَةُ . وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْأَكْدَرِيَّةِ سِتَّةٌ ، وَعَالَتْ إِلَى تِسْعَةٍ ، وَسِيَّاهُمُ الْأُخْتِ وَالْجَدُّ أَرْبَعَةً بَيْنَهُمَا ، عَلَى ثَلَاثَةٍ لَا تَصِحُّ ، فَتَضْرِبُ ثَلَاثَةً فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، ثُمَّ كُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ^(١) أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ مَضْرُوبٌ فِي الثَّلَاثَةِ الَّتِي ضَرَبَتْهَا فِي الْمَسْأَلَةِ ، فَلِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ فِي ثَلَاثَةٍ : تِسْعَةٌ ، وَلِلْأُمِّ اثْنَانِ فِي ثَلَاثَةٍ : سِتَّةٌ ، وَيَقْبَى اثْنَا عَشَرَ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ؛ لَهُ ثَمَانِيَّةٌ ، وَلَهَا أَرْبَعَةٌ ، وَيُقَابَى بِهَا ، فَيَقَالُ : أَرْبَعَةٌ وَرِثُوا مَالَ مَيِّتٍ ، فَأَخَذَ أَحَدُهُمْ ثُلْثَهُ ، وَالثَّانِي ثُلْثَ مَا بَقِيَ ، وَالثَّالِثُ ثُلْثَ مَا بَقِيَ ، وَالرَّابِعُ مَا بَقِيَ . وَيَقَالُ : امْرَأَةٌ جَاءَتْ قَوْمًا ، فَقَالَتْ : إِنِّي حَامِلٌ ، فَإِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ وَلَدْتُ أَنْثَى فَلَهَا تُسْعُ الْمَالِ وَثُلْثُ تُسْعِهِ ، / وَإِنْ وَلَدْتُ وَلَدَيْنِ فَلَهُمَا السُّدُسُ . وَيَقَالُ أَيْضًا : إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا فَلِي ثُلْثُ الْمَالِ ، وَإِنْ وَلَدْتُ أَنْثَى فَلِي تُسْعَاهُ ، وَإِنْ وَلَدْتُ وَلَدَيْنِ فَلِي سُدُسُهُ .

فصل : زَوْجَةٌ وَأُمٌّ وَأُخْتٌ وَجَدٌّ ، لِلزَّوْجَةِ الرُّبْعُ ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ ، وَالباقى بين الجدِّ والأختِ على ثَلَاثَةٍ ؛ أَصْلُهَا مِنْ اثْنَتَيْ عَشَرَ ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . فَإِنْ كَانَ مَكَانَ

الأخت أٌخ ، فالباقي بينهما نصفين ، وتصح من أربعة وعشرين . وإن كانتا أختين ، قاسمتهما ، وصحت من ثمانية وأربعين . فإن كان أٌخ وأخت أو ثلاث أخوات ، حجبوا الأم إلى السادس ، وقسموا الباقي بينهم على خمسة ، وصحت من ستين . فإن زادوا على ذلك ، استوى ثلث الباقي والمقاسمة ، فافرض له ثلث الباقي ، واضرب المسألة في ثلاثة ، تصير ستة وثلاثين ، ويقتى له ولهم أحد وعشرون ، يأخذ ثلثها سبعة ، والباقي لهم ، فإن لم تصح عليهم ، ضربتهم أو فقههم في ستة وثلاثين ، فما بلغ منه تصح . فإن كانوا من الجهتين لم يبق لولد الأب شيء ، واستأثر به ولد الأبوين دونهم .

فصل : زوجة وأخت وجد وجدّة ؛ فهي كالتي قبلها في فروعها ، إلا في أن للجدّة السادس مع الأخت الواحدة ، والأخ الواحد . ومتى كانوا أكثر من واحد ، كان حكم الجدّة والأم واحداً . وإن لم يكن معهم جدّة ، فهي من أربعة ؛ للزوجة الربع ، ويقتى ثلاثة ، للجدّ سهمان ، وللأخت سهم . فإن كان معها أخت أخرى ، فالباقي بينهم على أربعة ، وتصح من ستة عشر . وإن كان مكانهما أٌخ ، صحت من ثمانية ، فإن كان أٌخ وأخت أو ثلاث^(٣) أخوات ، فالباقي بينهم على خمسة ، وتصح من عشرين . وإن زادوا على هذا ، فأعطه ثلث الباقي سهماً ، واقسم الباقي على الباقيين ، فإن كانوا من الجهتين ، فلا شيء لولد الأب ؛ لأن الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف ، وهو أقل فرض لولد الأبوين .

١٠٢٨ - مسألة ؛ قال : (وإذا كانت أم / وأخت وجد ؛ فلأم الثلث ، وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم ؛ للجد سهمان ، وللأخت سهم)

وهذه المسألة تسمى الخرقاء ، إنما سميت خرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فكان الأقوال خرقتها . قيل فيها سبعة أقوال : قول الصديق وموافقيه ، للأم ثلث ،

(٣) فم : ١ و ثلاث .

والباقي للجدِّ . وقول زيد وموافقيه ، للأمُّ الثلثُ ، أصلها من ثلاثة ، ويَبْقَى سَهْمَانِ بين الأُخْتِ والجدِّ ، على ثلاثة ، وتصحُّ من تسعة . وقول عليّ ، للأُخْتِ النِّصْفُ ، وللأمُّ الثلثُ ، وللجدِّ السُّدُسُ . وعن عمر وعبد الله ، للأُخْتِ النِّصْفُ ، وللأمُّ ثلث ما بَقِيَ ، وما بَقِيَ فللجدِّ . وعن ابن مسعودٍ : للأمُّ السُّدُسُ ، والباقي للجدِّ ، وهو ^(١) مثل القول الأول في المعنى . وعن ابن مسعودٍ أيضاً ، للأُخْتِ النِّصْفُ ، والباقي بين الجدِّ والأمِّ نصفان ، فتكون من أربعة ، وهي إحدى مُرَبَّعات ابن مسعودٍ . وقال عثمان : المال بينهم أثلاث ، لكل واحدٍ منهم ثلث . وهي مُثْلثة عثمان . وتُسمَّى المُسَبَّعة ، فيها سبعة أقوال . والمُسَدَّسة ؛ لأنَّ معنى الأقوال يَرْجِعُ إلى سِتَّةٍ . وسأل الحجاجُ عنها الشَّعْبِيُّ ، فقال : اِخْتَلَفَ فيها خمسة من أصحابِ رسولِ الله ﷺ . وذكر له عثمان وعليّ وابن مسعودٍ وزيدُ وابن عباسٍ .

فصل : أمُّ أو جدَّة وأختانٍ وجدُّ ، المُقاسمةُ خيرٌ للجدِّ ، ويَبْقَى خُمسةٌ على أربعةٍ ، فتصيحُّ من أربعةٍ وعشرين . أمُّ وأُخٍ وأُخْتٌ ، أو ثلاثُ أخواتٍ وجدُّ ، تصيحُّ من سِتَّةٍ . أمُّ وأُخَوَانٍ ، أو أُخٍ وأختانٍ ، أو أربعُ أخواتٍ وجدُّ ؛ ثلثُ الباقي والمُقاسمةُ سواءٌ ، فإنَّ زَادُوا عَلَى ذَلِكَ فُرِضَ للجدِّ ثلثُ الباقي ، وانتقلتِ المسألة إلى ثمانية عشر ؛ للامِّ ثلاثة ، وللجدِّ خُمسةٌ ، يبقى عشرةٌ للإخوة والأخوات ، فتصحُّ ^(٢) المسألة عليهم ، فإنَّ كان الإخوة والأخوات من الجهتين ، فالباقي كُلُّهُ لَوَلَدِ الأبوين ، إلَّا أن يكون ولدُ الأبوين أختاً واحدةً ، فلها قدرُ فرضها ، والباقي لهم . أمُّ وأُخْتٌ لأبوين وأُخٍ / وأُخْتٌ لأبٍ وجدُّ ؛ للامِّ السُّدُسُ ، وللجدِّ ثلثُ الباقي ، يَنْتَقِلُ إلى ثمانية عشرة ، فللامِّ ثلاثة ، وللجدِّ خُمسةٌ ، وللأُخْتِ للأبوين النِّصْفُ تسعة ، يَبْقَى سَهْمٌ على ثلاثة ، فتصحُّ من أربعة وخمسين ، وتُسمَّى مُخْتَصِرةً زيد ؛ لِأَنَّهُ لو قاسم بالجدِّ لانتقلت إلى سِتَّةٍ وثلاثين ،

(١) في الأصل ، م : د : وهي .

(٢) في ا ، م : د : فتصح .

ثُمَّ يَبْقَى سَهْمَانِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، فَتَصِحُّ مِنْ مِائَةٍ وَثَمَانِيَةٍ ، ثُمَّ تَرْجِعُ بِالِاخْتِصَارِ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَخَمْسِينَ ، فَلِذَلِكَ سُمِّيَتْ الْمُخْتَصَرَةَ . أُمُّ وَأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ وَأَخَوَانِ وَأَخْتُ لِأَبٍ وَجَدٍّ ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، ثُمَّ تَنْتَقِلُ إِلَى ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، وَيَفْضَلُ لَوْلَدِ الْأَبِ سَهْمٌ عَلَى خَمْسَةِ ، تُضْرِبُهَا فِي ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، تَكُنْ تِسْعِينَ ، وَتُسَمَّى تِسْعِينِيَّةً زَيْدٌ . وَفِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ ؛ الْجَدَّةُ كَالْأُمِّ ، لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا السُّدُسَ .

١٠٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ بِنْتُ وَأُخْتُ وَجَدٍّ ، فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ ، وَمَا بَقِيَ فَيُنَظَرُ الْجَدُّ وَالْأُخْتُ ، عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ، لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، وَلِلْأُخْتِ سَهْمٌ)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُقَاسِمَةَ هَهُنَا أَحْظُ لِلْجَدِّ . وَقَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لِلْبِنْتِ النِّصْفُ ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِلْأُخْتِ . وَعِنْدَ ابْنِ مَسْعُودٍ ، الْبَاقِي بَعْدَ فَرَضِ الْبِنْتِ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتِ نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَ أَخَذَ الْمَالَ بِالتَّعْصِيبِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا اقْتَسَمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مَكَانَهَا أُخٌ . فَأَمَّا عَلِيٌّ فَبَنَى عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ الْأَخَوَاتِ لَا يُقَاسِمُنَ الْجَدَّ ، وَإِنَّمَا يُفَرَضُ لَهُنَّ ، فَلَمْ يُفَرِّضْ لَهَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ الْأُخْتِ مَعَ الْبِنْتِ عَصَبَةٌ ، وَأُعْطِيَ الْجَدُّ السُّدُسَ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ مَعَهَا ، وَجَعَلَ لَهَا الْبَاقَى . وَلَنَا ، أَنَّ الْجَدَّ يُقَاسِمُ الْأُخْتِ ، فَيَأْخُذُ مِثْلَهَا إِذَا كَانَ مَعَهَا أُخٌ ، فَكَذَلِكَ إِذَا انْفَرَدَتْ . وَهَذِهِ إِحْدَى مُرَبَّعَاتِ ابْنِ مَسْعُودٍ .

فصل : بِنْتُ وَأُخٌ ^(١) وَجَدٍّ ؛ الْبَاقِي بَعْدَ فَرَضِ الْبِنْتِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهَا أُخْتُهَا ، فَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةِ . وَإِنْ كَانَ أَخَوَانِ ، أَوْ أُخٌ وَأَخْتَانِ ، أَوْ أَرْبَعُ أَخَوَاتٍ ، اسْتَوَى ثُلُثُ الْبَاقِي وَالسُّدُسُ وَالْمُقَاسِمَةُ ، فَإِنْ زَادُوا فَلَا حَظَّ لَهُ فِي الْمُقَاسِمَةِ ، وَيَأْخُذُ السُّدُسَ ، وَالْبَاقِي لَهُمْ . فَإِنْ كَانُوا مِنَ الْجِهَتَيْنِ فَلَيْسَ لَوْلَدِ الْأَبِ شَيْءٌ ، وَيَأْخُذُ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ جَمِيعَ الْبَاقَى . بِنْتُ وَأَخْتَانِ وَجَدٍّ ، الْبَاقِي بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتَيْنِ عَلَى / أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِحُّ

١١٥/٦ و

(١) فِي ١ : : وَأُخْتُ ، .

من ثمانية . فَإِنْ كُنَّ ثَلَاثَ أَخَوَاتٍ ، فالباقى بينهم على خُمسة . فَإِنْ كُنَّ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ، فَلَهُ السُّدُسُ ، أَوْ ثُلُثُ الْبَاقِ ، والباقى لَهُنَّ .

فصل : بِنْتَانِ ، أَوْ أَكْثَرُ ، أَوْ بِنْتُ وَبِنْتُ^(٢) ابْنٍ وَأُخْتٌ وَجَدَّ ، لِلْبِنْتَيْنِ الثُّلَاثَانِ ، والباقى بين الجدِّ والأختِ على ثلاثة ، وَتَصِيحُ مِنْ سَبْعَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَكَانَهَا أَخٌ ، فالباقى بينهما على اثنتين ، وَتَصِيحُ مِنْ سِتَّةٍ . وَإِنْ كَانَ مَكَانَهُ أُخْتَانِ ، صَحَّتْ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ . وَيَسْتَوِي فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ السُّدُسُ وَالْمُقَاسَمَةُ . فَإِنْ زَادَا عَنْ أَخٍ أَوْ عَنْ أُخْتَيْنِ ، فَرَضْتُ لِلْجَدِّ السُّدُسَ ، وكان الباقى لهم ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ ، فَلِلْجَدِّ السُّدُسُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ .

فصل : زَوْجٌ وَأُخْتٌ وَجَدَّ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، والباقى بينهما على ثلاثة . وعند على وابن مسعودٍ ، لِلأُخْتِ النِّصْفُ ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ ، وَعَالَتْ إِلَى سَبْعَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الْأُخْتِ أُخْرَى ، فالباقى بينهم على أَرْبَعَةٍ . وعندهما ، لهما الثُّلَاثَانِ ، وَتَعُولُ إِلَى ثَمَانِيَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَكَانَهُمَا أَخٌ ، فالباقى بينهما نصفان . وَإِنْ كَانَ أَخٌ وَأُخْتٌ ، أَوْ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ ، قَاسَمَهُنَّ الْجَدُّ . وَإِنْ كَانَ أَخَوَانِ ، أَوْ مَنْ يَعْدِلُهُمَا ، اسْتَوَى السُّدُسُ وَثُلُثُ الْبَاقِ وَالْمُقَاسَمَةُ . فَإِنْ زَادَا ، فَرَضْتُ لَهُ السُّدُسَ ، والباقى لهم . وَإِنْ كَانَ زَوْجٌ وَبِنْتُ وَأُخْتٌ^(٣) وَجَدَّ ، فَلِلزَّوْجِ الرُّبْعُ ، وَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ ، والباقى بينهما على ثلاثة . وَيَسْتَوِي السُّدُسُ هُنَا وَالْمُقَاسَمَةُ . فَإِنْ زَادَا عَلَى أُخْتٍ وَاحِدَةٍ ، فَرَضْتُ لِلْجَدِّ السُّدُسَ ، والباقى لهم . وَإِنْ كَانَ مَعَ الزَّوْجِ ابْنَتَانِ ، أَوْ بِنْتُ وَبِنْتُ ابْنٍ ، أَوْ بِنْتُ وَأُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ ، سَقَطَ^(٤) الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ ، وَفَرَضْتُ لِلْجَدِّ السُّدُسَ ، وَعَالَتْ الْمَسْأَلَةُ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقطت الواو من : م .

(٤) في م : سقطت .

فصل : زَوْجَةُ وَبِنْتُ وَأُخْتٌ وَجَدُّ ، الباقي بين الْجَدِّ وَالْأُخْتِ عَلَى ثَلَاثَةِ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ . فَإِنْ كَانَ مَكَانَ الْأُخْتِ أَخٌ ، أَوْ أُخْتَانِ ، فَالْباقى بَيْنَهُمْ . وَتَصِحُّ مَعَ الْأَخِ مِنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، مَعَ الْأُخْتَيْنِ مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ . وَإِنْ زَادُوا فَرَضَتْ^(٥) لِلْجَدِّ السُّدُسَ ، وَانْتَقَلَتِ الْمَسْأَلَةُ إِلَى أَرْبَعَةِ وَعَشْرِينَ ، ^(٦) ثُمَّ تُصَحِّحُ^(٦) عَلَى الْمُتَكْسِرِ عَلَيْهِمْ / وَإِنْ كَانَ مَعَ الزَّوْجَةِ ابْنَتَانِ ، أَوْ أَكْثَرُ ، أَوْ بِنْتُ وَبِنْتُ ابْنٍ ، وَبِنْتُ وَأُمٌّ ، أَوْ جَدَّةٌ ، فَرَضَتْ لِلْجَدِّ السُّدُسَ ، وَيَبْقَى لِلْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ سَهْمٌ مِنْ أَرْبَعَةِ وَعَشْرِينَ .

١١٥/٦ ط

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ٥ : فَرَضَ .

(٦-٦) فِي ١ : ٥ : لَمْ يَصَحَّ .

باب ذوى الأرحام

وهم الأقارب الذين لا فرض لهم ولا تعصيب ، وهم أحد عشر حيًّا ؛ وَلَدُ الْبَنَاتِ ، وَلَدُ الْأَخَوَاتِ ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ ، وَلَدُ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ ، وَالْعَمَّاتُ مِنْ جَمِيعِ الْجِهَاتِ ، وَالْعَمُّ مِنَ الْأُمِّ ، وَالْأَخْوَالُ ، وَالْحَالَاتُ ، وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ ، وَالْجَدُّ أَبُو الْأُمِّ ، وَكُلُّ جَدَّةٍ أَذَلَّتْ بِأَبٍ بَيْنَ أُمَيْنٍ ، أَوْ بِأَبٍ أَعْلَى مِنَ الْجَدِّ . فَهَؤُلَاءِ ، وَمَنْ أَذَلَّى بِهِمْ ، يُسَمُّونَ ذَوَى الْأَرْحَامِ . وَكَانَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ يُورِثُهُمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ ذُو فَرْضٍ ، وَلَا عَصَبَةٌ ، وَلَا أَحَدٌ مِنَ الْوَرَاثِ ، إِلَّا الزَّوْجُ ، وَالزَّوْجَةُ . رَوَى هَذَا الْقَوْلُ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَعَبْدِ اللَّهِ ، وَأَبِي عُبَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ ، وَمُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ، وَأَبِي الدَّرْدَاءِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ شَرِيحٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَعَلْقَمَةُ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَأَهْلُ الْكُوفَةِ . وَكَانَ زَيْدٌ لَا يُورِثُهُمْ ، وَيَجْعَلُ الْبَاقِيَ لِبَنَاتِ الْمَالِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ جُرَيْرٍ ؛ لِأَنَّ عَطَاءَ بْنَ يَسَارٍ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَكِبَ إِلَى قَبَاءَ يَسْتَجِيرُ اللَّهَ تَعَالَى فِي الْعَمَّةِ وَالْحَالَةِ ، فَأُنْزِلَ عَلَيْهِ أَنَّ لَا مِيرَاثَ لَهَا . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ^(١) ؛ لِأَنَّ الْعَمَّةَ ، وَابْنَةَ الْأَخِ لَا تَرِثَانِ مَعَ أَخَوَيْهِمَا ، فَلَا تَرِثَانِ مُتَفَرِدَتَيْنِ ، كَالْأَجْنَبِيَّاتِ . وَذَلِكَ ^(٢) لِأَنَّ انْضِمَامَ الْأَخِ إِلَيْهِمَا يُؤَكِّدُهُمَا وَيُقَوِّيهِمَا ، بِدَلِيلِ أَنْ بَنَاتِ الْإِبْنِ ، وَالْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ ، يَعْصِبُهُنَّ أَخُوهُنَّ فِيمَا بَقِيَ بَعْدَ مِيرَاثِ الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَا يَرِثْنَ مُتَفَرِدَاتٍ ، فَإِذَا لَمْ يَرِثْ هَاتَانِ مَعَ أُخْيِهِمَا ، فَمَعَ عَدَمِهِ أُولَى . وَلِأَنَّ الْمَوَارِيثَ إِنَّمَا تُثَبِّتُ نَصًّا ، وَلَا نَصٌّ فِي

(١) في : باب العمة والحالة . السنن ١ / ٧٠ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من لا يرث من ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢١٢ ، ٢١٣ . والدارقطني ، في : كتاب الفرائض . سنن الدارقطني ٤ / ٩٨ . والحاكم ، في : باب ميراث العمة والحالة ، من كتاب الفرائض . المستدرک ٤ / ٣٤٣ .

(٢) في ١ : « كذلك » . وفي م : « ولذلك » .

هؤلاء . ولنا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ^(٣) . أى أَحَقُّ بالتَّوَارِثِ فى حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى . قال أَهْلُ الْعِلْمِ : كان التَّوَارِثُ فى ابتداءِ الإسلامِ بالجُلْفِ ، فكان الرَّجُلُ يقولُ / لِلرَّجُلِ : دَمِي دَمُكَ ، ومالى مالُكَ ، تَنْصُرُنِي وَأَنْصُرُكَ ، وَثَرْتِنِي وَارِثُكَ . فَيَتَعَاقَدَانِ الْجُلْفَ بَيْنَهُمَا على ذلك ، فَيَتَوَارَثَانِ به دُونَ الْقَرَابَةِ ، وذلك قولُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْهُمْ نَصِيْبُهُمْ ﴾ ^(٤) . ثم نُسِخَ ذلك ، وصارَ التَّوَارِثُ بالإسلامِ والهجرة ، فإذا كان له وَلَدٌ ، ولم يُهاجِرْ ، ورثه المَهاجِرُونَ دُونَهُ ، وذلك قولُهُ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا ﴾ ^(٥) . ثم نُسِخَ ذلك بقولِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ^(٦) . وَرَوَى الإمامُ أَحْمَدُ ^(٧) ، بإسنادِهِ ، عن سَهْلِ بْنِ حَنْنِيفٍ ، أَنَّ رجلاً رَمَى رجلاً بِسَهْمٍ ، فقتله ، ولم يتركْ إلَّا خالاً ، فكَتَبَ فيه أَبُو عُبَيْدَةَ إلى عُمَرَ ، فكَتَبَ إليه عُمَرُ ؛ إِنْنى سَمِعْتُ رَسولَ اللَّهِ ﷺ ، يقولُ : « الْخَالُ وَارِثٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ » . قالَ التِّرْمِذِيُّ : هذا حديثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى الْمُقَدَّادُ عن النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قالَ : « الْخَالُ وَارِثٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ ، يَعْقِلُ عَنْهُ ، وَيَرِثُهُ » . أَخْرَجَهُ أَبُو داوُدَ ^(٨) . وفى لَفْظٍ : « مَوْلَى مَنْ لَا مَوْلَى لَهُ ، يَعْقِلُ عَنْهُ ، وَيَفْكَ عَنْيَهُ » ^(٩) . فإن

(٣) سورة الأنفال ٧٥ .

(٤) سورة النساء ٣٣ .

(٥) سورة الأنفال ٧٢ .

(٦) فى : المسند ١ / ٢٨ ، ٤٦ .

كما أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فى : باب ما جاء فى ميراث الخال ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحمدي ٨ / ٢٥٤ ، ٢٥٥ . وابن ماجه ، فى : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٤ .

(٧) فى : باب فى ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١١ .

كما أَخْرَجَهُ ابن ماجه ، فى : باب الدية على العاقلة فإن لم يكن عاقلة ففى بيت المال ، من كتاب الديات ، وفى : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٧٩ ، ٩١٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٣١ ، ١٣٣ .

(٨) أَخْرَجَهُ أَبُو داود فى الباب السابق ، الموضع السابق . والبيهقى ، فى : باب من قال بتوحيث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢١٤ .

قيل : المراد به أن من ليس له إلا خال فلا وراث له ، كما يقال : الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له . أو أنه أراد بالخال السلطان . قلنا : هذا فاسد ؛ لوجوه ثلاثة ؛ أحدها ، أنه قال : « يَرِثُ مَالَهُ » ، وفي لفظ قال : « يَرِثُهُ » . والثاني ، أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر بهذا جواباً لأبي عبيدة حين سألته عن ميراث الخال ، وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم . الثالث ، أنه سمأه واريثاً ، والأصل الحقيقة . وقولهم : إن هذا يستعمل للتفي . قلنا : والإثبات ، كفولهم : يا عماد من لا عماد له . يا سند من لا سند له . يا ذخر من لا ذخر له . وقال سعيد^(٩) : حدثنا أبو شهاب ، عن محمد بن إسحاق ، عن محمد بن يحيى بن جبان ، عن عمه واسع^{١١٦/٦} ابن جبان ، قال : توفي ثابت بن الدحداحة ، ولم يدع واريثاً ولا عصبته / ، فرفع شأنه إلى رسول الله ﷺ ، فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته ألى لبابة بن عبد المنذر . ورواه أبو عبيد ، في « الأموال »^(١٠) ، إلا أنه قال : ولم يخلف إلا ابنة أخ له ، فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه . ولأنه ذو قرابة ، فيرث ، كذوى الفروض ؛ وذلك لأنه ساوى الناس في الإسلام ، وزاد عليهم بالقرابة ، فكان أولى بماله منهم ، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصليته ، وبعد الموت بوصيته ، فأشبه ذوى الفروض والعصبات^(١١) المحجوبين ، إذا لم يكن من يحجبهم . وحديثهم مرسل . ثم يحتمل أنه لا ميراث لهما مع ذوى الفروض والعصبات ؛ ولذلك سمي الخال « واريث من لا واريث له » . أي لا يرث إلا عند عدم الواريث . وقولهم : لا يرثان مع أخيهما^(١٢) . قلنا : لأنهما أقوى منهما . وقولهم : إن الميراث إنما ثبت نصاً . قلنا : قد ذكرنا نصوصاً . ثم التعليل واجب مهما أمكن ،

(٩) في : باب العمة والخال . السنن ١ / ٧٠ ، ٧١ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٨١ . وعبد الرزاق ، في : باب الخالة والعمة وميراث القرابة ، من كتاب الفرائض . المصنف ١٠ / ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

(١٠) لم نجده في المطبوع بين أيدينا .

(١١) في النسخ : « والعصبات » .

(١٢) في الأصل : « أخوهما » . وفي ١ : « إخوتهما » . وفي م : « أخواتهما » . وتقدم في أول الباب .

وَقَدْ أُمِّكَنَ هُنَا ، فَلَا يُصَارُ إِلَى التَّعَبُّدِ الْمَحْضِ .

١٠٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَيُورَثُ ذَوُو الْأَرْحَامِ ، فَيُجْعَلُ مَنْ لَمْ يُسَمَّ لَهُ فَرِيضَةٌ عَلَى مَنْزِلَةٍ مَنْ سُمِّيَتْ لَهُ ، مِمَّنْ هُوَ نَحْوُهُ ، فَيُجْعَلُ الْحَالُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ ، وَالْعَمَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ . وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ جَعَلَهَا بِمَنْزِلَةِ الْعَمِّ . وَبُنْتُ الْأَخِ بِمَنْزِلَةِ الْأَخِ ، وَكُلُّ ذِي رَحِمٍ لَمْ يُسَمَّ لَهُ فَرِيضَةٌ فَهُوَ عَلَى هَذَا النَّحْوِ)

مَذْهَبُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ فِي تَوْرِيثِ ذَوِي الْأَرْحَامِ مَذْهَبُ أَهْلِ التَّنْزِيلِ ، وَهُوَ أَنْ يُنْزَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَنْزِلَةً مَنْ يَمُتُّ بِهِ مِنَ الْوَرِثَةِ ، فَيُجْعَلُ لَهُ نَصِيبُهُ . فَإِنْ بَعْدُوا نَزَلُوا دَرَجَةً دَرَجَةً إِلَى أَنْ يَصِلُوا إِلَى^(١) مَنْ يَمُتُّونَ بِهِ ، فَيَأْخُذُونَ مِيرَاثَهُ . فَإِنْ كَانَ وَاحِدًا أَخَذَ الْمَالَ كُلَّهُ ، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً قَسَمَتِ الْمَالُ بَيْنَ مَنْ يَمُتُّونَ بِهِ ، فَمَا حَصَلَ لِكُلِّ وَارِثٍ جُعِلَ لِمَنْ يَمُتُّ بِهِ . فَإِنْ بَقِيَ مِنْ سِيَهَامِ الْمَسْأَلَةِ شَيْءٌ ، رُدَّ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ سِيَهَامِهِمْ . وَهَذَا قَوْلُ عَلْقَمَةَ ، وَمَسْرُوقٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، / وَحَمَّادٍ ، وَنُعَيْمٍ ، وَشَرِيكِ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَسَائِرٍ مِنْ وَرَثَتِهِمْ غَيْرِ أَهْلِ الْقَرَابَةِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، وَعَبْدِ اللَّهِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّهُمَا نَزَلَا بِنْتُ الْبَنَةِ مَنْزِلَةَ الْبَنَةِ ، وَبُنْتُ الْأَخِ مَنْزِلَةَ الْأَخِ ، وَبُنْتُ الْأُخْتِ مَنْزِلَةَ الْأُخْتِ ، وَالْعَمَّةُ مَنْزِلَةَ الْأَبِ ، وَالْخَالَاتُ مَنْزِلَةَ الْأُمِّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي الْعَمَّةِ وَالْخَالَاتِ . وَعَنْ عَلِيٍّ أَيْضًا ، أَنَّهُ نَزَلَ الْعَمَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْعَمِّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلْقَمَةَ ، وَمَسْرُوقٍ . وَهِيَ الرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَعَنْ الثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، أَنَّهُمَا نَزَلَا مَنْزِلَةَ الْجَدِّ مَعَ وَلَدِ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ . وَنَزَلَا آخَرُونَ مَنْزِلَةَ الْجَدَّةِ . وَإِنَّمَا صَارَ هَذَا الْخِلَافُ فِي الْعَمَّةِ ؛ لِأَنَّهَا أَذَلَّتْ بِأَرْبَعِ جِهَاتٍ وَارِثَاتٍ ؛ فَالْأَبُ وَالْعَمُّ أَخَوَاهَا ، وَالْجَدُّ وَالْجَدَّةُ أَبَوَاهَا . وَنَزَلَ قَوْمُ الْخَالَاتِ مَنْزِلَةَ^(٢) جَدَّةٍ ؛ لِأَنَّ الْجَدَّةَ أُمُّهَا . وَالصَّحِيحُ مِنْ ذَلِكَ تَنْزِيلُ الْعَمَّةِ أَبَا ، وَالْخَالَاتِ أُمًّا ، لِوَجْهِ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا رَوَى الزُّهْرِيُّ ، أَنَّ

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل ، ا .

رسول الله ﷺ قال : « الْعَمَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا أَبٌ ، وَالْحَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا أُمٌّ » . رواه الإمام أحمد^(٣) . الثاني ، أَنَّهُ قَوْلُ عَمْرٍ ، وَعَلِيٍّ ، وَعَبْدِ اللَّهِ ، فِي الصَّحِيحِ عَنْهُمْ ، وَلَا مُخَالَفَ لَهُمْ فِي الصَّحَابَةِ . الثالث ، أَنَّ الْأَبَ أَقْوَى جِهَاتِ الْعَمَّةِ ، وَالْأُمُّ أَقْوَى جِهَاتِ الْحَالَةِ ، فَتَعَيَّنَ تَنْزِيلُهُمَا بَعْدَهُمَا دُونَ غَيْرِهِمَا ، كَبْنَةِ الْأَخِ ، وَبْنَةِ الْعَمِّ ، فَإِنَّهُمَا يُنْزَلَانِ مَنْزِلَةَ أَبَوَيْهِمَا دُونَ أَخَوَيْهِمَا . وَلِأَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ لَهَا قَرَابَاتٌ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَوْرِيثُهُمَا بِجَمِيعِهَا ، وَرِثَتَا بَاقَوَاهَا ، كَالْجَوْسِ عِنْدَ مَنْ لَا^(٤) يُورِثُهُمْ بِجَمِيعِ قَرَابَاتِهِمْ ، وَكَالْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، فَإِنَّا نُورِثُهُ بِالْتَّعْصِيبِ ، وَهِيَ جِهَةٌ أَبِيهِ ، دُونَ قَرَابَةِ أُمِّهِ . فَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، فَإِنَّهُمْ وَرَثُوهُمْ عَلَى تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ ، فَجَعَلُوا أَوْلَاهُمْ^(٥) مَنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ الْمَيِّتِ وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ وَلَدَ أَبَوَيْهِ أَوْ أَحَدَهُمَا وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ وَلَدَ أَبَوَيْ أَبَوَيْهِ وَإِنْ سَقَلُوا كَذَلِكَ أَبَدًا ، لَا يَرِثُ بَنُو أَبِي أَعْلَى ، وَهَنَّاكَ بَنُو أَبِي أَقْرَبُ مِنْهُ ، وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُمْ .

وعن أبي حنيفة ، أَنَّهُ / جَعَلَ أَبَا الْأُمِّ وَإِنْ عَلَا أَوْلَى مِنْ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، وَيُسَمَّى مَذْهَبُهُمْ ١١٧/٦ مَذْهَبَ أَهْلِ الْقَرَابَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ فَرَّغُوا فِي الْمِيرَاثِ عَلَى غَيْرِهِمْ ، فَوَجَبَ لِلْحَاقِقِ بَيْنَهُمْ فَرَعٌ لَهُ ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ وَلَدَ الْمَيِّتِ مِنَ الْإِنَاثِ لَا يُسْقِطُ وَلَدَ أَبِيهِ ، فَأَوْلَى أَنْ لَا يُسْقِطَهُمْ وَلَدُهُ .

مسائل : من ذلك ؛ بِنْتُ بِنْتٍ وَبِنْتُ بِنْتِ ابْنٍ ، الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتُ أَخٍ ، فَالْبَاقِي لَهَا ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا خَالَةٌ ، فَلِبْنَةِ الْبَنِّ النَّصْفُ ، وَلِبْنَةِ بِنْتِ ابْنِ السُّدُسِ ، تَكْمِلَةُ الثَّلَاثَيْنِ ، وَلِلْخَالَةِ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِبْنَةِ الْأَخِ .. فَإِنْ كَانَ مَكَانَ الْحَالَةِ عَمَّةٌ ، حَجَبَتْ بِنْتَ الْأَخِ ، وَأَخَذَتْ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ الْعَمَّةَ كَالْأَبِ ، فَتُسْقِطُ مَنْ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْأَخِ^(٦) ، وَمَنْ نَزَلَهَا عَمًّا جَعَلَ الْبَاقِي لِبْنَةِ الْأَخِ ، وَأَسْقَطَ

(٣) ليس في المسند ، وانظر ما ذكره الألباني ، في : إرواء الغليل ٦ / ١٤٣ ، ١٤٤ .

(٤) في م : هـ لم .

(٥) في م : هـ أولادهم .

(٦) في الأصل ، أ : هـ أخ .

العَمَّة ، وَمَنْ نَزَلَهَا جَدًّا قَاسَمَ بِنْتُ الْأَخِ الثَّلَاثَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَمَنْ نَزَلَهَا جَدَّةً جَعَلَ لَهَا السُّدُسَ ، وَلِبْنَتِ الْأَخِ الْبَاقِيَ . وَفِي قَوْلِ أَهْلِ الْقَرَايَةِ ، أَنَّهُ لَا تَرِثُ بِنْتُ الْأَخِ مَعَ بِنْتِ الْبَنِّ ، وَلَا مَعَ بِنْتِ الْبَنِّ الْبَنِّ شَيْئًا .

فصل : إِذَا انفَرَدَ وَاحِدٌ^(٧) مِنْ ذَوَى الْأَرْحَامِ ، أَخَذَ الْمَالَ كُلَّهُ ، فِي قَوْلِ جَمِيعِ مَنْ وَرَّثَهُمْ . وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً ، لَمْ يَحُلْ ؛ إِمَّا أَنْ يُدْلُوا بِشَخْصٍ وَاحِدٍ ، أَوْ بِجَمَاعَةٍ ، فَإِنْ أَذْلُوا بِشَخْصٍ وَاحِدٍ ، وَكَانُوا فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَلِمَالِ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ مَوَارِيثِهِمْ مِنْهُ . فَإِنْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، كَأُمِّ الْأُمِّ ، وَالْأُخْوَالِ ، فَاسْقَطِ الْأُخْوَالُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ يُسْقَطُ الْإِخْوَةَ وَالْأُخْوَاتُ . فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ ، فَالْمِيرَاثُ لِأَقْرَبِهِمْ ، كَخَالَةٍ ، وَأُمِّ أُمٍّ ، أَوْ ابْنِ خَالٍ ، فَالْمِيرَاثُ لِلْخَالَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَلْقَى الْأُمَّ بِأَوَّلِ دَرَجَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْمُتَزَلِّينَ ، إِلَّا أَنَّهُ حُكِيَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَشَرِيكِ ، وَبَحْبِيِّ بْنِ آدَمَ ، فِي قَرَايَةِ الْأُمِّ خَاصَّةً ، أَنَّهُمْ أَمَاتُوا الْأُمَّ ، وَجَعَلُوا نَصِيبَهَا لَوَرَثَتِهَا . وَيُسَمَّى قَوْلُهُمْ قَوْلَ مَنْ أَمَاتَ السَّبَبَ . وَاسْتَعْمَلَهُ بَعْضُ الْفَرَضِيِّينَ فِي جَمِيعِ ذَوَى الْأَرْحَامِ . فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، يَكُونُ لِلْخَالَةِ نِصْفُ مِيرَاثِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهَا أُخْتُ ، وَلَأُمُّ أُمٍّ الْأُمُّ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهَا جَدَّةٌ ، وَالْبَاقِي لِابْنِ الْخَالِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ أَخٍ . وَلَنَا ، أَنْ / الْمِيرَاثَ مِنَ الْمَيِّتِ ، لَا مِنْ سَبَبِهِ ؛ وَلِذَلِكَ وَرَّثْنَا أُمَّ أُمٍّ الْأُمَّ^(٨) ، دُونَ ابْنِ عَمِّ الْأُمِّ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ أَيْضًا فِي أُمِّ أُمٍّ ، وَابْنِ عَمِّ أُمٍّ ، أَنَّ الْمَالَ لِلْجَدِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ . وَلَوْ كَانَتِ الْأُمُّ الْمَيِّتَةَ ، كَانَ وَارِثُهَا ابْنُ عَمِّ أَبِيهَا ، دُونَ أُمِّ أُمِّهَا . خَالَةٍ وَأُمِّ أُمٍّ وَعَمِّ أُمٍّ ، الْمَالَ لِلْخَالَةِ ، وَعِنْدَهُم لِلْخَالَةِ النِّصْفُ ، وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِلْعَمِّ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عَمُّ أُمٍّ ، فَلِمَالِ بَيْنِ الْخَالَةِ وَأُمِّ أُمٍّ الْأُمِّ عَلَى أَرْبَعَةٍ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جَدَّةٌ ، فَلِمَالِ بَيْنِ الْخَالَةِ وَعَمِّهَا نِصْفَيْنِ . ابْنُ خَالَةٍ وَابْنُ عَمِّ أُمٍّ ، الْمَالَ لِابْنِ الْخَالَةِ . وَعِنْدَهُمْ لِابْنِ عَمِّ الْأُمِّ . فَأَمَّا إِنْ أَذْلَى جَمَاعَةٌ بِجَمَاعَةٍ ، جَعَلَتْ الْمَالَ لِلْمَذْلَى بِهِمْ ،

١١٨/٦

(٧) ق م : واحد .

(٨) ق م : لأُم .

(٩) سقط من : أ .

كَأَنَّهُمْ أَحْيَاءُ ، فَقَسَمَتِ الْمَالَ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا تَوَجَّبُهُ الْفَرِيضَةُ ، فَمَا صَارَ لِكُلِّ وَاحِدٍ ^(١٠) مِنْهُمْ ^(١١) ، فَهُوَ لِمَنْ أَذْلَى بِهِ ، إِذَا لَمْ يَسْبِقْ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، فَإِنْ سَبَقَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، وَكَانُوا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَالسَّابِقُ إِلَى الْوَارِثِ أَوْلَى . وَإِنْ كَانُوا مِنْ وَجْهَتَيْنِ ، نُزِّلَ الْبَعِيدُ حَتَّى يَلْحَقَ بِمَنْ أَذْلَى بِهِ ، فَيَأْخُذَ نَصِيبَهُ ، سَوَاءً سَقَطَ بِهِ الْقَرِيبُ أَوْ لَمْ يَسْقُطْ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَنَقَلَ عَنْهُ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ فِي خَالَةِ وَبْنَتِ خَالَةٍ وَبْنَتِ ابْنِ عَمٍّ ، لِلْخَالَةِ الثَّلَاثُ ، وَلابْنَةِ ابْنِ الْعَمِّ الثَّلَاثَانِ ، وَلَا تُعْطَى بِنْتُ الْخَالَةِ شَيْئًا . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : قَالَ سُفْيَانُ قَوْلًا حَسَنًا : إِذَا كَانَتْ خَالَةٌ وَبْنَتُ ابْنِ الْعَمِّ ، تُعْطَى الْخَالَةُ الثَّلَاثُ ، وَتُعْطَى بِنْتُ ابْنِ الْعَمِّ الثَّلَاثِينَ . وَظَاهِرُ هَذَا يُدَلُّ عَلَى مَا قُلْنَاهُ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ سَالِمٍ ^(١٢) ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ . وَقَالَ ضِرَارُ بْنُ صُرْدٍ ^(١٣) : إِنْ كَانَ الْبَعِيدُ إِذَا نُزِّلَ أَسْقَطَ الْقَرِيبَ ، فَالْقَرِيبُ أَوْلَى ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يُسْقِطُهُ نُزِّلَ الْبَعِيدُ حَتَّى يَلْحَقَ بِالْوَارِثِ . وَقَالَ سَائِرُ الْمُتَزَلِّينَ : الْأَسْبَقُ إِلَى الْوَارِثِ أَوْلَى بِكُلِّ حَالٍ . وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِيمَا عَلِمْتُ فِي تَقْدِيمِ الْأَسْبَقِ ، إِذَا كَانَ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ، إِلَّا نُعْنِمًا ، وَمُحَمَّدُ بْنُ سَالِمٍ ، فَإِنَّهُمَا قَالَا فِي عَمَةٍ وَبْنَتِ عَمَةٍ : الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَلَمْ أَعْلَمْ أَحَدًا مِنْ أَصْحَابِنَا ، وَلَا مِنْ غَيْرِهِمْ ، عَدَدَ الْجِهَاتِ ، وَبَيْنَهَا ، إِلَّا أَبَا الْخَطَّابِ ، فَإِنَّهُ عَدَّهَا خَمْسَ جِهَاتٍ ، الْأَبَوَّةُ ، وَالْأُمَمَةُ ، وَالْبَنُوَّةُ ، وَالْأُخُوَّةُ ، وَالْعُمُومَةُ . وَهَذَا يُفَضِّلُ إِلَى أَنْ يَنْتَ ^(١٤) الْعَمُّ مِنَ الْأُمِّ ، أَوْ بِنْتُ الْعَمِّ مِنَ الْأُمِّ ، مُسْقِطَةً لِبْنَتِ الْعَمِّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَا أَعْلَمْ أَحَدًا قَالَ بِهِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ هَذَا فِي ثَلَاثِ بَنَاتٍ عُمُومَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، أَنَّ الْمَالَ لِبْنَتِ الْعَمِّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ . وَيَبَيِّنُ

(١٠) فِي ١ : « وَارِثٌ » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(١٢) مُحَمَّدُ بْنُ سَالِمٍ الْهَمْدَانِيُّ الْكُوفِيُّ الْفَرَضِيُّ ، رَوَى عَنْ عَطَاءٍ وَالشَّعْبِيِّ ، وَرَوَى عَنْهُ الثَّوْرِيُّ وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٩ / ١٧٦ .

(١٣) ضِرَارُ بْنُ صُرْدٍ ، كُوفِيٌّ يَنْسَبُ إِلَى الشَّعْبِ ، وَكَانَ فَقِيهًا عَالِمًا بِالْفَرَائِضِ ، رَوَى عَنْ ابْنِ عَيْنَةَ وَغَيْرِهِ ، وَعَنْهُ الْبُخَارِيُّ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٤ / ٤٥٦ ، ٤٥٧ .

(١٤) فِي م : « ابْنَةُ » .

إِفْضَائِهِ إِلَى ذَلِكَ ، أَنَّ بِنْتَ الْعَمِّ مِنَ الْأُمِّ أَبُوهَا يُدْلَى بِالْأَبِ ، وَبِنْتُ الْعَمِّ مِنَ الْأَبِّ يُدْلَى بِأُمِّهَا ، وَبَيْنَهُمَا مِنْ جِهَةِ الْعَمِّ ، وَالْأَبِ يُسْقِطُ الْعَمُّ ، وَكَذَلِكَ بِنْتُ الْعَمَّةِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ ، وَبِنْتُ الْعَمِّ مِنْ جِهَةِ الْعَمِّ . فَالضَّوَابُّ إِذَا أَنْ تَكُونَ الْجِهَاتُ أَرْبَعًا ؛ الْأَبُوءَ ، وَالْبَنُونَ ، وَالْأَخُوَّةَ ، وَالْأُمُومَةَ .

مسائل من^(١٥) هذا الباب : بِنْتُ بِنْتِ بِنْتِ بِنْتِ بِنْتِ بِنْتِ أَخٍ ، الْمَالُ بَيْنَ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ ، وَسَقَطَتِ الثَّانِيَةُ ، إِلَّا عِنْدَ مُحَمَّدِ بْنِ سَالِمٍ ، وَنُعَيْمٍ ، فَإِنَّهَا تُشَارِكُهُمَا^(١٦) . وَمَنْ وَرَثَ الْأَقْرَبَ ، جَعَلَهُ لِبِنْتِ الْأَخِ ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَقُ ، وَقَوْلُ أَهْلِ الْقَرَابَةِ هُوَ لِلأُولَى وَحَدَّهَا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ وَلَدِ الْمَيِّتِ ، وَهِيَ أَقْرَبُ مِنَ الثَّانِيَةِ . ابْنُ خَالٍ وَبِنْتُ عَمٍّ ، ثَلَاثٌ ، وَثَلَاثَانِ . وَمَنْ وَرَثَ الْأَسْبَقُ جَعَلَهُ لِبِنْتِ الْعَمِّ ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا^(١٧) بِنْتُ عَمَّةٍ فَلَا شَيْءَ لَهَا ؛ لِأَنَّ بِنْتَ الْعَمِّ أَسْبَقُ إِلَى الْوَارِثِ مِنْهُمَا ، وَهِيَ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا عَمَّةٌ ، سَقَطَتْ بِنْتُ الْعَمِّ ؛ لِأَنَّ الْعَمَّةَ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ ، وَبِنْتُ الْعَمِّ بِمَنْزِلَةِ الْعَمِّ . بِنْتُ بِنْتِ بِنْتِ وَبِنْتُ بِنْتِ ابْنِ ، الْمَالُ لِبِنْتِ بِنْتِ ابْنِ ابْنِ عِنْدَ الْجَمِيعِ ، إِلَّا عِنْدَ ابْنِ سَالِمٍ ، وَنُعَيْمٍ . بِنْتُ بِنْتِ بِنْتِ وَابْنُ أَخٍ مِنْ أُمٍّ ، الْمَالُ لِلأُولَى ، وَمَنْ وَرَثَ الْأَقْرَبَ جَعَلَهُ لَابْنِ الْأَخِ ، وَهُوَ قَوْلُ ضِرَارٍ ؛ لِأَنَّ الْبَعِيدَ إِذَا نُزِّلَ أَسْقَطَ الْقَرِيبَ . بِنْتُ بِنْتِ وَبِنْتُ بِنْتِ ابْنِ ، الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ عِنْدَ جَمِيعِ الْمُتَزَلِّينَ ، وَعِنْدَ أَهْلِ الْقَرَابَةِ ، هُوَ لِبِنْتِ الْبِنْتِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ . ابْنُ بِنْتِ بِنْتِ وَبِنْتُ أَخٍ ، هُوَ بَيْنَهُمَا ، وَمَنْ وَرَثَ الْأَقْرَبَ جَعَلَهُ لِبِنْتِ الْأَخِ ، وَعِنْدَ أَهْلِ الْقَرَابَةِ هُوَ لَابْنِ بِنْتِ الْبِنْتِ . ابْنُ بِنْتِ وَابْنُ ابْنِ ابْنِ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ ؛ الْمَالُ بَيْنَهُمَا ، وَعِنْدَ مَنْ وَرَثَ الْأَقْرَبَ ، وَأَهْلُ الْقَرَابَةِ ، هُوَ لِلأَوَّلِ . بِنْتُ أَخٍ وَبِنْتُ عَمٍّ ، أَوْ بِنْتُ عَمَّةٍ ، الْمَالُ لِبِنْتِ الْأَخِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي تَوْرِيثِ الْبَعِيدِ مِنَ الْقَرِيبِ إِنْ كَانَ مِنْ جِهَتَيْنِ ؛ أَنْ يَكُونَ لِبِنْتِ الْعَمِّ ، وَالْعَمَّةِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ جِهَةِ الْأَبِ ، وَذَلِكَ قَوْلُ ضِرَارٍ

و ١١٩/٦

(١٥) فِي م : « فِي » .

(١٦) فِي م : « تَشَارَكُهَا » .

(١٧) فِي م : « مَعَهَا » .

أيضاً . ابنُ أختِ وابنُ عمِّ لأُمِّ ، المالُ بينهما ، ومن ورثَ الأقربَ جعلهُ لابنِ الأختِ ، وهو قولُ أهلِ القرايةِ أيضاً ؛ لأنها من ولَدِ أبوي الميِّتِ ، وابنُ العمِّ للأُمِّ من ولَدِ أبوي أبويهِ . بنتُ عمِّ وبنتُ عمِّ أبٍ ؛ هو للأولى عندَ الجميعِ ، إلا عندَ ابنِ سالمٍ ، ونعيمٍ . بنتُ بنتِ بنتٍ ، وأمُّ أبي^(١٨) ؛ المالُ بينهما على أربعةٍ . بنتُ بنتِ بنتٍ وأبو أمِّ أبٍ ، مثلها عندنا ، وعندَ من ورثَ الأقربَ جعلهُ للثاني . بنتُ بنتِ بنتِ ابنِ وعمَّةٍ ، أو خالةٍ ، للأولى النصفُ في الأولى ، ومع الخالةِ لها ثلاثة أرباعِ المالِ ، وعندَ من ورثَ الأقربَ ؛ الكلُّ للعمَّةِ ، أو للخالةِ^(١٩) . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ الجهاتُ ثلاثاً ؛ الأبوةُ ، والبنوةُ ، والأُمومةُ ؛ لأنَّ جَعَلَ العمومةَ^(٢٠) جهةً خامسةً يُفَضَى إلى إسقاطِ بنتِ العمِّ ببنتِ العمَّةِ ، كما ذكرنا . وإن جَعَلْنَا الأخوةَ جهةً رابعةً ، مع نفي جهةِ العمومةِ ، أفَضَى إلى إسقاطِ ولَدِ الإخوةِ والأخواتِ بيناتِ الأعمامِ والعَمَّاتِ . وإذا جَعَلْنَا جميعَهُم جهةً واحدةً ، وورثنا أسبقَهُم إلى الوارثِ ، كان أولى . واللهُ أعلمُ .

١٠٣١ - مسألة؛ قال: (وَإِذَا كَانَ وَارِثُ غَيْرِ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ ، أَوْ مَوْلَى نِعْمَةٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِالمَالِ مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ)

في هذه المسألة فصول ثلاثة :

أحدها : أن الرَّدَّ يُقدِّمُ على ميراثِ ذَوِي الأَرْحَامِ ، فمتى حَلَفَ الميِّتُ عَصْبَةً ، أو ذا قَرْضٍ من أَقَارِبِهِ ، أَخَذَ المَالُ كُلَّهُ ، ولا شَيْءَ لَذَوِي الأَرْحَامِ . وهذا قولُ عامَّةٍ من ورثَ ذَوِي الأَرْحَامِ . وقالَ الحَبْرِيُّ : لم يَخْتَلِفُوا أن الرَّدَّ أَوْلَى مِنْهُمْ ، إلا ما رَوَى عن سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، أَنَّهُمَا ورثَا الخَالَ مع / البِنْتِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمَا ورثَاهُ لِكَوْنِهِ عَصْبَةً ، أَوْ مَوْلَى ؛ لِئَلَّا يُخَالِفَ الإِجْمَاعُ ، وقولُ النَّبِيِّ ﷺ : « الخَالُ وَارِثٌ مَنْ

(١٨) في الأصل ، م : « أب » .

(١٩) في م : « وللخالة » .

(٢٠) في م : « الأُمومة » .

لَا وَارِثَ لَهُ»^(١) . ومن مسائل هذا الفصل ؛ أَبُو أُمٍّ وَحْدَةً ؛ الْمَالُ لِلْجَدَّةِ . بنتُ ابنِ
وَبْنْتُ بِنْتِ ابْنِ ابْنِ أَخٍ^(٢) ، وابنُ أُخْتِ عَمٍّ وَعَمَّةٌ ، ثَلَاثَةُ بَنِي إِخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ ؛ لَا شَيْءَ
لِذِي الرَّحِمِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ .

الفصل الثاني : أَنَّ الْمَوْلَى الْمُعْتَقَ وَعَصَبَاتِهِ أَحَقُّ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ . وهو قولُ عَامَّةٍ
مَنْ وَرَثَتِهِمْ مِنَ الصَّحَابَةِ وَغَيْرِهِمْ ، وَقَوْلُ مَنْ لَا يَرَى تَوْرِيثَهُمْ أَيْضًا . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ
تَقْدِيمُهُمْ عَلَى الْمَوْلَى ، وَبِهِ قَالَ ابْنُهُ أَبُو عُبَيْدَةَ ، وَعَبِيدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَعَلْقَمَةُ ،
وَالْأَسُودُ ، وَعَبِيدَةُ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحَعِيُّ ، وَالْقَاسِمُ بْنُ عَبْدِ
الرَّحْمَنِ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَيْمُونُ بْنُ مِهْرَانَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ :
« الْحَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ » . وَالْمَوْلَى وَارِثٌ . وَلِأَنَّ الْمَوْلَى يَعْقِلُ ، وَيَنْصُرُ ، فَأَشْبَهَ
الْعَصْبَةَ مِنَ النَّسَبِ .

الفصل الثالث : فِي تَوْرِيثِهِمْ مَعَ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ . لَا أَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ مَنْ وَرَثَتَهُمْ أَنَّهُمْ
يَرِثُونَ مَعَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ مَا فَضَّلَ عَنْ مِيرَاثِهِ ، مِنْ غَيْرِ حَنْجَبٍ لَهُ ، وَلَا مُعَاوَلَةٍ ، وَاخْتِلَافٍ
فِي كَيْفِيَّةِ تَوْرِيثِهِمْ مَعَهُ ، فَرَوَى عَنْ إِمَامِنَا أَنَّهُمْ يَرِثُونَ مَا فَضَّلَ كَمَا يَرِثُونَ الْمَالَ إِذَا انْفَرَدُوا .
وَهَذَا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ، وَاللُّؤْلُؤِيِّ ، وَعَامَّةٍ مِنْ وَرَثَتِهِمْ . وَقَالَ يَحْيَى بْنُ
آدَمَ ، وَضِرَارٌ : يُقَسَّمُ الْمَالُ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ سِيَهَامٍ مَنْ يُدْلُونَ بِهِ مَعَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ،
عَلَى الْحَنْجَبِ وَالْعَوْلِ ، ثُمَّ تَفْرُضُ لِلزَّوْجِ فَرْضُهُ كَامِلًا ، مِنْ غَيْرِ حَنْجَبٍ وَلَا عَوْلٍ ، ثُمَّ
يُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ سِيَهَامِهِمْ . فَإِنَّمَا يَقَعُ الْخِلَافُ فِي مَسْأَلَةٍ فِيهَا مَنْ يُدْلَى بِذِي
فَرَضٍ ، وَمَنْ يُدْلَى بِعَصْبَةٍ ، فَأَمَّا إِنْ أَدْلَى جَمِيعُهُمْ بِذِي فَرَضٍ ، أَوْ عَصْبَةٍ ، فَلَا خِلَافَ
فِيهِ . وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ ؛ زَوْجٌ وَبْنٌ وَبْنْتُ أُخْتٍ ، أَوْ ابْنُ أُخْتٍ ، أَوْ أَوْلَادُ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٨٣ .

(٢) في م : « ابن » .

١٢٠/٦ أَحِبَّ ، أَوْ بِنْتُ أَخٍ / ، أَوْ بَنَاتُ أَخٍ ؛ فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَالْباقِ بَيْنَ بِنْتِ الْبَنِّ وَمَنْ مَعَهَا نِصْفَيْنِ . وَقَالَ يَحْيَى ، وَضِرَّارُ : الْمَسْأَلَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ؛ لِلزَّوْجِ الرَّبْعُ ، وَلِلْبَنِّ النِّصْفُ ، سَهْمَانِ ، يَبْقَى سَهْمٌ لِمَنْ مَعَهَا ، ثُمَّ يُفْرَضُ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ بَيْنَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ؛ لِبْنَتِ الْبَنِّ سَهْمَانِ ، وَلِمَنْ مَعَهَا سَهْمٌ . فَإِنْ كَانَ مَكَانَ الزَّوْجِ زَوْجَةٌ ، فَرَضَتِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ؛ لِلْمَرْأَةِ سَهْمٌ ، وَلِلْبَنِّ أَرْبَعَةٌ ، وَيَبْقَى ثَلَاثَةٌ لِمَنْ بَقِيَ ، ثُمَّ يُفْرَضُ لِلْمَرْأَةِ الرَّبْعُ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ عَلَى سَبْعَةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرِينَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ ، لِلْمَرْأَةِ الرَّبْعُ سَبْعَةٌ ، وَلِبْنَتِ الْبَنِّ أَرْبَعَةٌ أَسْبَاعُ الْبَاقِي اثْنَا عَشَرَ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ لِمَنْ مَعَهَا . زَوْجٌ وَبِنْتُ بَنٍ وَخَالَهٌ وَبِنْتُ عَمٍّ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ ذَوِي الْأَرْحَامِ عَلَى سِتَّةٍ ؛ لِبْنَتِ الْبَنِّ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلخَالَةِ سَهْمٌ ، وَيَبْقَى لِبْنَتِ الْعَمِّ سَهْمَانِ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا . وَفِي قَوْلِ يَحْيَى وَضِرَّارٍ ؛ تُفْرَضُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ؛ لِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْبَنِّ سِتَّةٌ ، وَلِلْأُمِّ سَهْمَانِ ، وَيَبْقَى لِلْعَمِّ سَهْمٌ ، ثُمَّ يُعْطَى الزَّوْجُ النِّصْفُ ، وَتُجْمَعُ سِهَامُ الْبَاقِينَ ، وَهِيَ تِسْعَةٌ ، فَيُقَسَّمُ النِّصْفُ الْبَاقِي عَلَى تِسْعَةٍ ، فَلَا تَصِحُّ ، فَتَضْرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةٌ عَشَرَ . وَإِنْ كَانَ مَكَانَ الزَّوْجِ امْرَأَةٌ ، فَعَلَى قَوْلِ الْجُمْهُورِ ؛ لِلْمَرْأَةِ الرَّبْعُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ ذَوِي الْأَرْحَامِ عَلَى سِتَّةٍ . وَهِيَ تَوَافَقُ بِاقِي مَسْأَلَةِ الزَّوْجَةِ بِالْأَثْلَاثِ ، فَرُدُّهَا^(٣) إِلَى اثْنَيْنِ ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةٌ عَشَرَ ، لِلْمَرْأَةِ سَهْمَانِ ، وَلِبْنَتِ الْبَنِّ نِصْفُ الْبَاقِي ثَلَاثَةٌ ، وَلِلخَالَةِ سَهْمٌ ، وَلِبْنَتِ الْعَمِّ سَهْمَانِ . وَعَلَى قَوْلِ يَحْيَى ، تُفْرَضُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ؛ لَذَوِي الْأَرْحَامِ مِنْهَا أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، ثُمَّ تُفْرَضُ لِلْمَرْأَةِ الرَّبْعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لَهَا سَهْمٌ ، وَلَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، تَوَافَقُ سِهَامُهُمْ بِالْثُلُثِ ، فَتَضْرِبُ ثُلُثَهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرِينَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ . امْرَأَةٌ ، وَثَلَاثُ بَنَاتٍ ، ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ^(٤) . امْرَأَةٌ ، وَبِنْتُ بَنٍ ،^(٥) وَثَلَاثُ إِخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، امْرَأَةٌ ، وَبِنْتُ بَنٍ^(٦) ، وَثَلَاثُ خَالَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، وَثَلَاثُ عَمَّاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ^(٧) .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « فَرِدَهَا » .

(٤) فِي م : « مُفْتَرِقِينَ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي م : « مُفْتَرِقَاتٍ » .

فصل : ولا يُعُول من مسائل ذَوِي الأَرْحَامِ إِلَّا مَسْأَلَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَشِبْهُهَا ، / وهى ، ١٢٠/٦ ظ
خَالَةً ، أَوْ غَيْرُهَا مِمَّنْ يَقُومُ مَقَامَ الْأُمِّ أَوِ الْجَدَّةِ ، وَسِتُّ بَنَاتٍ ، سِتُّ أَخَوَاتٍ
مُفْتَرَقَاتٍ ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُنَّ مِمَّنْ يَأْخُذُ الْمَالَ بِالْفُرُوضِ ^(٧) ، فَإِنَّ لِلْخَالَةِ السُّدُسَ ،
وَلَوْلَدِ الْأُمِّ الثَّلَثَ ، وَلِبَنَاتِ الْأَخْتَيْنِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ الثَّلَاثِينَ ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، وَعَالَتْ إِلَى
سَبْعَةٍ .

١٠٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَيُورَثُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ
بِالسُّوِّيَّةِ ، إِذَا كَانَ أَبُوهُمُ وَاحِدًا ، وَأُمُّهُمْ وَاحِدَةً ، إِلَّا الْخَالَ ، وَالْخَالَةَ ، فَلِلْخَالِ
الثَّلَاثَانِ ، وَلِلْخَالَةِ الثَّلَثُ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي تَوْرِيثِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، إِذَا كَانُوا مِنْ
أَبٍ وَاحِدٍ وَأُمٍّ وَاحِدَةٍ ، فَقَالَ الْأَثَرُ ، وَحَنَبِلُ ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ الْحَارِثِ ، فِي الْخَالِ ،
وَالْخَالَةِ : يُعْطَوْنَ بِالسُّوِّيَّةِ . فظَاهِرُ هَذَا التَّسْوِيَةِ فِي جَمِيعِ ذَوِي الْأَرْحَامِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي
بَكْرٍ ، وَمَذْهَبُ أَبِي عُبَيْدٍ ، وَإِسْحَاقَ ، وَنُعَيْمِ بْنِ حَمَّادٍ ؛ لِأَنَّهُمْ يَرْتَوُونَ بِالرَّجَمِ الْمُجَرَّدِ ،
فَاسْتَوَى ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ ، كَوَلَدِ الْأُمِّ . وَنَقَلَ يَعْقُوبُ بْنُ بَحْتَانَ : إِذَا تَرَكَ وَلَدَ خَالِهِ .
وَخَالَتِهِ ، اجْعَلْهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَخِ وَالْأُخْتِ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ، وَكَذَلِكَ وَلَدُ الْعَمِّ
وَالْعَمَّةِ . وَنَقَلَ عَنْهُ الْمَرْوُذِيُّ ، فِي مَنْ تَرَكَ خَالَهُ وَخَالَتَهُ : لِلْخَالِ الثَّلَاثَانِ ، وَلِلْخَالَةِ
الثَّلَثُ ، فظَاهِرُ هَذَا التَّفْضِيلِ ، وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، وَعَامَّةِ الْمُتَنَزِّلِينَ ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُمْ
مُعْتَبَرٌ بغيرِهِمْ ، فَلَا يَجُوزُ حَمْلُهُمْ عَلَى ذَوِي الْفُرُوضِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَأْخُذُونَ الْمَالَ كُلَّهُ ، وَلَا عَلَى
الْعَصْبَةِ الْبَعِيدِ ؛ لِأَنَّ ذَكَرَهُمْ يَنْفَرِدُ بِالْمِيرَاثِ دُونَ الْإِنَاثِ ، فَوَجِبَ اعْتِبَارُهُمْ بِالْقُرْبِ ^(١)
مِنَ الْعَصَبَاتِ ، وَالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ . وَيُجَابُ عَنْ هَذَا بِأَنَّهُمْ مُعْتَبَرُونَ بِوَلَدِ الْأُمِّ ، وَإِنَّمَا
يَأْخُذُونَ كُلُّ الْمَالِ بِالْفَرْضِ وَالرَّدِّ ، وَاتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ وَلَدِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّ آبَاءَهُمْ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بِالْفَرْضِ » .

(١) فِي ١ : « بِالْقَرِيبِ » .

يَسْتَوِي ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ ، إِلَّا فِي قِيَاسِ قَوْلِ مَنْ أَمَاتَ السَّبَبَ ، فَإِنَّ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ . وَالَّذِي نَقَلَ الْجِرْقِيُّ ؛ التَّسْوِيَّةَ بَيْنَ الْجَمِيعِ ، إِلَّا فِي الْحَالِ وَالْحَالَةِ . وَلَمْ أَعْلَمْ لَهُ مُوَافِقًا عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، وَلَا عَلِمْتُ وَجْهَهُ . وَأَمَّا قَوْلُهُ : « إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ وَاحِدًا ، وَأُمُّهُمْ وَاحِدَةً » . فَلَأَنَّ الْخِلَافَ إِنَّمَا هُوَ فِي ذَكَرٍ وَأُنْثَى ، أَبُوهُمَا وَأُمُّهُمَا وَاحِدٌ ، فَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَ آبَاؤُهُمْ وَأُمَمَاهُم ، كَالْأَحْوَالِ وَالْحَالَاتِ الْمُفْتَرِقِينَ ^(٢) ، وَالْعَمَّاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ ، أَوْ إِذَا أَذَلَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بَعِيرٌ مِنْ أَذَلَّى بِهِ الْآخَرُ ، كَابْنِ بَنِي وَبَنِي بَنِي أُخْرَى ، فَلِلَّذَلِكَ مَوْضِعٌ آخَرٌ يُذَكَّرُ فِيهِ غَيْرُ هَذَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ ؛ ابْنُ أُخْتٍ مَعَ أُخْتِهِ ، أَوْ ابْنُ بَنِي مَعَ أُخْتِهِ ، الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ عِنْدَ مَنْ سَوَى ، وَعِنْدَ أَهْلِ الْقَرَابَةِ ، وَسَائِرِ الْمُتَزَلِّينَ ، الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ . ^(٣) ابْنَا وَابْنَتَا ^(٤) أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ وَثَلَاثَةُ بَنِينَ وَثَلَاثُ بَنَاتٍ أُخْتٍ لِأَبٍ وَأَرْبَعَةُ بَنِي ^(٥) وَأَرْبَعُ بَنَاتٍ أُخْتٍ لِأُمٍّ ، أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ مِنْ خَمْسَةٍ ؛ لِلأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ثَلَاثَةٌ بَيْنَ وَلَدِهَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَلِلأُخْتِ مِنَ الْأَبِ سَهْمٌ بَيْنَ وَلَدِهَا عَلَى سِتَّةٍ ، وَلِلأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ سَهْمٌ بَيْنَ وَلَدِهَا عَلَى ثَمَانِيَةٍ ، وَالْأَرْبَعَةُ دَاخِلَةٌ فِيهَا ، وَالسَّتَّةُ تُوَافِقُهَا بِالنِّصْفِ ، فَتَضْرِبُ نِصْفَهَا فِي ثَمَانِيَةٍ ، تُكُنْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، ثُمَّ فِي خَمْسَةٍ تُكُنْ مِائَةً ^(٦) وَعِشْرِينَ ، وَمَنْ فَضَّلَ أَبَقَى وَلَدَ الْأُمِّ بِحَالِهِمْ ، وَجَعَلَ وَلَدَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ سِتَّةً ، تُوَافِقُهُمْ سِهَامُهُمْ بِالثَّلَاثِ ، فَيَرْجِعُونَ إِلَى اثْنَيْنِ ، فَيَدْخُلَانِ فِي الثَّمَانِيَةِ ، وَلَدَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ تِسْعَةً ، تَضْرِبُهَا فِي ثَمَانِيَةٍ ، تُكُنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، ثُمَّ فِي خَمْسَةٍ ، تُكُنْ ثَلَاثِمِائَةً وَسِتِّينَ . وَإِنْ كَانُوا أَوْلَادَ عَمَّاتٍ أَوْ خَالَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، فَكَذَلِكَ . وَإِنْ كَانُوا أَوْلَادَ بَنَاتٍ ، أَوْ أَوْلَادَ

(٢) فِي م : « الْمُفْتَرِقِينَ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : ١ ، وَفِي م : « ابْنَانِ وَابْنَتَانِ » .

(٤) فِي م زِيَادَةٌ : « وَلَدٌ » .

(٥) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

(٦) فِي م : « ثَمَانِيَةٍ » .

أَخَوَاتٍ مِنْ أُبُيَيْنَ ، أَوْ مِنْ أَبٍ ، فَهِيَ مِنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، عِنْدَ مَنْ سَوَى . وَمِنْ مَائَةٍ وَثَمَانِيَةٍ عِنْدَ مَنْ فَضَّلَ . وَقَوْلُ أَهْلِ الْعِرَاقِ : هِيَ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ كَأَوْلَادِ الْبَيْنِ .

فصل : وإذا كان مَعَكَ أَوْلَادُ بَنَاتٍ أَوْ^(٧) أَخَوَاتٍ ، قَسَمْتَ الْمَالَ بَيْنَ أُمَّهَاتِهِمْ عَلَى عَدَدِهِنَّ فَمَا أَصَابَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فَهُوَ لَوَلَدِهَا بِالسَّوِيَّةِ عِنْدَ مَنْ سَوَى ، وَعِنْدَ مَنْ فَضَّلَ / جَعَلَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَذَهَبَ أَبُو يُونُسَ إِلَى قَسَمِ الْمَالِ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ^(٨) دُونَ مُرَاعَاةِ أُمَّهَاتِهِمْ إِذَا اسْتَوَوْا ، أَوْ مِمَّنْ يُدْلُونَ بِهِ مِنَ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ إِلَى بَنَاتِ الْمَيِّتِ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ ؛ كَأَوْلَادِ الْبَيْنِ . وَجَعَلَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ مِنْ أَذْلَى بَابِنِ ابْنًا ، وَإِنْ كَانَ أَثْنَى ، وَمِنْ أَذْلَى بِالْأَثْنَى أَثْنَى وَإِنْ كَانَ ذَكْرًا ، وَجَعَلَ الْمُذَلَّى بِهِمْ بَعْدَ الْمُذَلِّينَ ، ثُمَّ قَسَمَ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، فَمَا أَصَابَ وَلَدَ الْإِثْنِ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ ، وَمَا أَصَابَ وَلَدَ الْأَثْنَى قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ .

مسائل : من ذلك ؛ بِنْتُ ابْنِ بِنْتٍ ، وَابْنُ بِنْتٍ بِنْتٍ ، قَوْلُ مَنْ سَوَى ، الْمَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَقَوْلُ مَنْ فَضَّلَ ، إِنْ كَانَا مِنْ وَلَدِ بِنْتَيْنِ^(٩) ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَا مِنْ وَلَدِ بِنْتٍ وَاحِدَةٍ ، فَالْمَالُ بَيْنَ ابْنِهَا وَبِنْتِهَا ، لِابْنِهَا ثُلَاثَاهُ ، وَلِبِنْتِهَا ثُلُثُهُ ، فَمَا أَصَابَ ابْنُهَا فَهُوَ لِبِنْتِهِ ، وَمَا أَصَابَ بِنْتُهَا فَهُوَ لِابْنِهَا ، فَيَصِيرُ لِلْبِنْتِ سَهْمَانِ ، وَلِلْإِثْنِ سَهْمٌ ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ كَذَلِكَ ، وَقَوْلُ أَبِي يُونُسَ لِلْإِثْنِ سَهْمَانِ ، وَلِلْبِنْتِ سَهْمٌ ، كَابْنِ الْمَيِّتِ وَبِنْتِهِ . ابْنَا بِنْتٍ بِنْتٍ ، وَابْنُ ابْنِ بِنْتٍ ، قَوْلُ مَنْ سَوَى لِابْنِ ابْنِ الْبِنْتِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْبَاقِيَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، سَوَاءً كَانُوا مِنْ وَلَدِ بِنْتٍ ، أَوْ مِنْ وَلَدِ بِنْتَيْنِ^(٩) ، وَقَوْلُ الْمُفَضِّلِينَ إِنْ كَانُوا مِنْ وَلَدِ بِنْتَيْنِ^(٩) فَلَا ابْنَ ابْنِ الْبِنْتِ النِّصْفُ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ بَيْنَ الْبَاقِيَيْنِ عَلَى خَمْسَةٍ ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ وَلَدِ بِنْتٍ ، فَلَا ابْنَ ابْنِ الْبِنْتِ الثُّلَاثَانِ ، وَالثُّلُثُ الْبَاقِي لِلْبَاقِيَيْنِ ، عَلَى خَمْسَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ كَانَ لِلْبِنْتِ الْأُولَى ، فَقَسَمَ بَيْنَ ابْنِهَا وَبِنْتِهَا أَثْلَاثًا ، لِلْإِثْنِ سَهْمَانِ ، فَهُمَا لِابْنِهِ ، وَلِلْبِنْتِ سَهْمَانِ ، فَهُوَ لَوَلَدِهَا . قَوْلُ مُحَمَّدٍ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةٍ ، لِابْنِ الْإِثْنِ

(٧) فِي حَاشِيَةِ ١ : « أَوْ أَوْلَادُ » . وَهُوَ الْمَقْصُودُ .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « عَدَدُهُنَّ » .

(٩) فِي ب ، م : « بَيْنِ » .

و١٢٢/٦ سَهْمَانِ ؛ لِأَنَّهُ يُدْلِي بِابْنِ ، وَلِلْبَاقِيْنَ ثَلَاثَةٌ ؛ لِأَنَّهُمْ يُدْلُونَ بِأُنْتَى . قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ يُقَسِّمُ
 بَيْنَهُمْ عَلَى سَبْعَةٍ ، لِكُلِّ ابْنِ سَهْمَانِ ، وَلِلْبَنَاتِ سَهْمٌ . ابْنَا بِنْتِ بِنْتِ وَبِنْتَا ابْنِ بِنْتِ ، قَوْلُ
 مَنْ سَوَّى ، الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةٍ بِكُلِّ حَالٍ . قَوْلُ الْمُفْضِلِينَ إِنْ كَانُوا مِنْ وَلَدِ بِنْتَيْنِ ،
 فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ وَلَدِ وَاحِدَةٍ / فَلَا يَنْهَا الثَّلَاثَانِ بَيْنَ ابْنَتَيْهِ ، وَلَا بِنْتَاهَا الثَّلَاثُ بَيْنَ ابْنَيْهَا .
 قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ، الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى سِتَّةٍ ، لِكُلِّ ذَكَرٍ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ أُنْثَى سَهْمٌ . قَوْلُ
 مُحَمَّدٍ ، لِكُلِّ ذَكَرٍ سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ أُنْثَى سَهْمَانِ . ابْنَا وَابْنَتَا ابْنِ أُخْتٍ ، وَثَلَاثَةُ بَنِينَ وَثَلَاثُ
 بَنَاتٍ بِنْتِ أُخْتٍ . قَوْلُ مَنْ سَوَّى النِّصْفُ بَيْنَ الْأَوَّلَيْنِ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَالنِّصْفُ الْبَاقِي بَيْنَ
 الْآخَرَيْنِ عَلَى سِتَّةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ . قَوْلُ مَنْ فَضَّلَ ، إِنْ كَانُوا مِنْ وَلَدِ
 وَاحِدَةٍ ، فَلِلْأَوَّلَيْنِ الثَّلَاثَانِ بَيْنَهُمْ عَلَى سِتَّةٍ ، وَلِلْآخَرَيْنِ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمْ عَلَى تِسْعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ
 أَرْبَعَةٍ وَخَمْسِينَ ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ وَلَدِ اثْنَتَيْنِ صَحَّتْ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ
 لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ . وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ ، وَلَدُ ابْنِ الْأُخْتِ بِمَنْزِلَةِ
 أَرْبَعَةٍ ذَكَوْرٍ ، وَوَلَدُ بِنْتِ الْأُخْتِ كَسِتِّ إِنْثَى ، فَيُقَسَّمُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةِ عَشَرَ ،
 (١٠) فِلَوْلِدِ ابْنِ (١٠) الْأُخْتِ مِنْهَا ثَمَانِيَةٌ أَسْهُمٌ ، بَيْنَهُمْ عَلَى سِتَّةٍ ، وَلِلْآخَرَيْنِ سِتَّةٌ ، بَيْنَهُمْ عَلَى
 سَبْعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، وَتَرْجَعُ بِالْإِخْتِصَارِ إِلَى أَحَدٍ وَعِشْرِينَ . ابْنَتَا أَخٍ وَابْنُ
 وَابْنَةُ أُخْتٍ ، لِابْنَتَيْنِ الْأَخِ الثَّلَاثَانِ ، فِي قَوْلِ الْمُنْزِلِينَ جَمِيعَهُمْ . وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ الثَّلَاثُ لَوْلَدِي
 الْأُخْتِ ، بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ ، عِنْدَ مَنْ سَوَّى . وَمَنْ فَضَّلَ جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا . وَهَذَا قَوْلُ
 مُحَمَّدٍ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : لِابْنِ الْأُخْتِ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَاقِينَ سَهْمٌ ، وَتَصِحُّ
 مِنْ خَمْسَةٍ .

فصل : بِنْتُ بِنْتٍ ، وَبِنْتُ بِنْتِ ابْنٍ ، هِيَ مِنْ أَرْبَعَةٍ عِنْدَ الْمُنْزِلِينَ جَمِيعَهُمْ ، وَعِنْدَ
أَهْلِ الْقَرَابَةِ هِيَ لِبْنَتِ الْبِنْتِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتُ ابْنِ ابْنٍ أُخْرَى ،
فَكَانَتْهُمْ بِنْتُ . وَابْنَتَا ابْنٍ ، فَمَسَّالَتْهُمِنْ ثَمَانِيَةٌ ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ عَشَرَ . ابْنُ بِنْتِ ابْنٍ
وَبِنْتُ ابْنِ بِنْتٍ ، الْمَالُ لِلابْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْوَارِثِ . وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةٍ مِنْ وَرَثَتِهِمْ ، إِلَّا مَا

(١٠-١٠) ف ب م ، : ولولداً .

حُكِيَ عَنْ ابْنِ سَالِمٍ فِي أَنَّهُ يُنْزَلُ الْبَعِيدُ حَتَّى يُلْحَقَ بِوَارِثِهِ^(١١)، فَيَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ؛ لِلْبَنَاتِ ثَلَاثَةٌ ، / وَلِلْأَبْنِ سَهْمٌ ، كَبْنَتِ وَبْنَتِ ابْنِ بَنَتِ ابْنِ وَبْنَتِ ابْنِ ابْنِ ، وَابْنَتَا بَنَتِ ابْنِ ابْنِ^(١٢) آخَرَ ، لِلأُولَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ ، وَالرَّبْعُ الْبَاقِي بَيْنَ الْبَاقِيَّاتِ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، فَتَضْرِبُهَا فِي أَصْلِ الْمَسَالَةِ ، تَكُنْ مِنْ سِتَّةَ عَشَرَ . ابْنٌ وَبْنَتٌ بَنَتٌ ، وَثَلَاثُ بَنَاتٍ . بَنَتْ وَابْنًا بَنَتِ ابْنٌ ، لَا شَيْءَ لِهَٰذَيْنِ فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ أُمَّهُمَا تَسْقُطُ بِاسْتِكْمَالِ الْبَنَاتِ الثَّلَاثِينَ ، وَيَكُونُ النِّصْفُ بَيْنَ الْآبِئِ وَأُخْتِهِ عَلَى اثْنَيْنِ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ عَلَى ثَلَاثٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَتَيْ عَشَرَ عِنْدَ مَنْ سَوَّى ، وَمَنْ فَضَّلَ جَعَلَهَا بَيْنَهُمَا عَلَى سِتَّةٍ ، وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ الْقَرَابَةِ أَيْضًا . بَنَتْ بَنَتِ بَنَتِ وَبْنَتْ ابْنِ بَنَتِ أُخْرَى وَبْنَتْ بَنَتِ ابْنِ ابْنِ ، الْمَالُ لِهَٰذِهِ ، إِلَّا فِي قَوْلِ أَهْلِ الْقَرَابَةِ ، فَإِنَّهُ لِلأُولَئِينَ . وَقَوْلُ مَنْ أَمَاتَ السَّبَبَ ، وَوَرِثَ الْبَعِيدَ مَعَ الْقَرِيبِ ، الْمَالُ بَيْنَ بَنَتِ ابْنِ بَنَتِ ، وَبَنَتِ بَنَتِ ابْنِ ابْنِ ، عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَسْقُطُ الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّ هَذِهِ وَارِثَةُ الْبَنَتِ فِي أَوَّلِ دَرَجَةٍ . بَنَتْ بَنَتِ وَبْنَتْ بَنَتِ بَنَتِ أُخْرَى وَبْنَتْ بَنَتِ ابْنِ ، الْمَالُ بَيْنَ الْأُولَى وَالْأُخْرَى ، عَلَى الْمُتَنَزِّلِينَ . وَقَالَ أَهْلُ الْقَرَابَةِ : هُوَ لِلأُولَى . قَوْلُ ابْنِ سَالِمٍ : هُوَ لِلأُولَئِينَ ، وَتَسْقُطُ الثَّلَاثَةُ .

١٠٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ ابْنُ أُخْتٍ ، وَبِنْتُ أُخْتٍ أُخْرَى ، أُعْطِيَ ابْنُ الْأُخْتِ حَقُّ أُمِّهِ النَّصْفَ ، وَبِنْتُ الْأُخْتِ الْأُخْرَى حَقُّ أُمِّهَا النَّصْفَ . وَإِنْ كَانَ ابْنٌ ، وَبِنْتُ أُخْتٍ ، وَبِنْتُ أُخْتٍ أُخْرَى ؛ فَلِلْأَبْنِ ، وَبِنْتِ الْأُخْتِ ، النَّصْفُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ ، وَلِبِنْتِ الْأُخْتِ الْأُخْرَى النَّصْفُ)

(١١) سقط من : الأصل ، ا .

١٢٣/٦ و
 لابن الأختِ الثُلثانِ ، ولبنِ الأختِ الثُلثُ . وأمَّا المسألةُ الثَّانِيَّةُ ، فلا خِلافَ بينِ
 المُنزِّلِينَ في أنَّ لَوَلَدَ كُلِّ أُخْتٍ ميراثُها ، وهو النِّصْفُ / . وَمَنْ سَوَّى جَعَلَ النِّصْفَ بَيْنَ
 ابْنِ الأُخْتِ وأُخْتِهِ نِصْفَيْنِ ، والنِّصْفَ الآخَرَ لبِنِ الأُخْتِ الأُخْرَى ، فتَصِحُّ من أُرْبَعَةٍ .
 وَمَنْ فَضَّلَ جَعَلَ النِّصْفَ بَيْنَهُمَا على ثَلَاثَةٍ ، وتَصِحُّ من سِتَّةٍ . وقالَ أبو يوسفَ : للابنِ
 النِّصْفُ ، ولكُلِّ بِنْتِ الرُّبْعِ ، وتَصِحُّ من أُرْبَعَةٍ . وقالَ محمدٌ : لَوَلَدِ الأُخْتِ الأَوَّلَى الثُّلثانِ
 بينهما على ثَلَاثَةٍ ، وللأُخْرَى الثُّلثُ ، وتَصِحُّ من تِسْعَةٍ . وإذا انفردَ وَلَدُ كُلِّ أُخٍ ، أو
 أُخْتٍ ، فالعَمَلُ فيه على ^(١) ما ذَكَرْنَا في أولادِ البناتِ . ومتى كَانَ الأَخَوَاتُ ، أو الإخْوَةُ ،
 من وَلَدِ الأُمِّ ، فاتفَقَ الجَمِيعُ على التَّسْوِيَةِ بين ذَكَرِهِم وَأُنثَاهُم ، إِلَّا الثَّوَرِيُّ ، وَمَنْ أَمَاتَ
 السَّبَبَ . ثَلَاثُ بناتٍ أُخٍ وثَلَاثُ بَنَى أُخْتٍ ، إِنْ كَانَ من أُمٍّ ، فالْمَالُ بَيْنَهُم على عَدَدِهِم ،
 وَإِنْ كَانَ من أَبٍ ، أو من أَبَوَيْنِ ، فَلِبناتِ الأَخِ الثُّلثانِ ، وَلِبنَى الأُخْتِ الثُّلثُ ، وتَصِحُّ من
 تِسْعَةٍ عند المُنزِّلِينَ . وعندَ محمدٍ مثْلُهُ . وفي قولِ أبي يوسفَ يَجْعَلُ لِبَنَى الأُخْتِ
 الثُّلثَيْنِ ، وَلِبناتِ الأَخِ ^(٢) الثُّلثَ . ابنُ وَبْنَتُ أُخْتٍ لأَبَوَيْنِ وابنُ أُخْتٍ لأُمٍّ ، هِيَ من أُرْبَعَةٍ
 عند مَنْ فَضَّلَ . وعندَ مَنْ سَوَّى تَصِحُّ من ثَمَانِيَةٍ . قولُ محمدٍ كَانَهُمَا أُخْتَانِ من أَبَوَيْنِ ،
 وَأُخْتٌ من أُمٍّ ، فتَصِحُّ من خَمْسَةِ عَشَرَ . فَإِنْ كَانَ وَلَدُ الأُمِّ أَيْضًا ابْنًا ، وابْنَةً ، صَحَّتْ عندَ
 جَمِيعِهِم من ثَمَانِيَةٍ ، إِلَّا الثَّوَرِيُّ ، فَإِنَّهُ يَجْعَلُ لِلذَّكَرِ من وَلَدِ الأُمِّ مِثْلَ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ ، فتَصِحُّ
 عنْدَهُ من اثْنَيْ عَشَرَ . وعندَ محمدٍ ، هِيَ من ثَمَانِيَةِ عَشَرَ . ابْنُ أُخْتٍ لأَبَوَيْنِ ، وابنُ وابْنَةٍ
 أُخْتٍ لأَبٍ ، وابْنَةُ أُخْتٍ أُخْرَى لأَبٍ ، في قولِ عَامَّتِهِم من ثَمَانِيَةٍ ، وتَصِحُّ من اثْنَيْنِ
 وثَلَاثَيْنِ عندَ مَنْ سَوَّى ، وعندَ مَنْ فَضَّلَ من ثَمَانِيَةِ وَأَرْبَعِينَ . وقولُ محمدٍ ، يَسْقُطُ وَلَدُ الأَبِ .
 وَيَتَّفِقُ قولُهُ وقولُ ^(٣) أبي يوسفَ ، في أَنَّ المَالَ لَوَلَدِ الأُخْتِ من الأَبَوَيْنِ . ابنُ أُخْتٍ
 لأَبَوَيْنِ . وابنُ وابْنَةٍ أُخْتٍ لأُمٍّ وابْنَةُ ابْنَتِ أُخْتٍ أُخْرَى لأُمٍّ ، قولُ المُنزِّلِينَ من عِشْرِينَ ،
 الثَّوَرِيُّ من ثَلَاثِينَ ، محمدٌ من سِتِّينَ .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : : الأَبُ ، .

(٣) في م : : مع قول ، .

١٠٣٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كُنَّ ثَلَاثُ بَنَاتٍ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، / ١٢٣/٦ ط
فَلَبِنَتْ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمُّ ثَلَاثَةُ أُخْمَاسِ الْمَالِ ، وَلَبِنَتْ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ
الْخُمْسُ ، وَلَبِنَتْ الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ الْخُمْسُ)

جُعِلْنَ^(١) مكانَ أمهاتِهِنَّ . وكذلك إن كُنَّ ثلاثَ عَمَّاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ . مذهبُ أحمدَ
وسائرِ الْمُتَزَلِّينَ في وَلَدِ الْأَخَوَاتِ ، أَنَّ الْمَالَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْأَخَوَاتِ عَلَى قَدْرِ سِهَامِهِنَّ ، فَمَا
أَصَابَ كُلَّ أُخْتٍ فَهُوَ لَوَلَدِهَا . وَالْمَالُ فِي مَسْأَلَتِنَا بَيْنَ الْأَخَوَاتِ عَلَى خَمْسَةِ ، فَيَكُونُ بَيْنَ
أَوْلَادِهِنَّ كَذَلِكَ . وكذلك إن كُنَّ ثلاثَ عَمَّاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ؛ لِأَنَّهُنَّ أَخَوَاتُ الْأَبِ ،
فَمِيرَاثُهُ بَيْنَهُنَّ كَمِيرَاثِ الْأَخَوَاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ مِنْ أُخِيهِنَّ . وكذلك الْحُكْمُ فِي ثَلَاثِ
خَالَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ؛ لِأَنَّهُنَّ أَخَوَاتُ الْأُمِّ ، فَمِيرَاثُهَا بَيْنَهُنَّ كَذَلِكَ . وَقَدَّمَ أَهْلُ الْقَرَاةِ مَنْ
كَانَ لِأَبٍ وَأُمٍّ مِنْ جَمِيعِهِمْ ، ثُمَّ مَنْ كَانَ لِأَبٍ ، ثُمَّ مَنْ كَانَ لِأُمٍّ ، إِلَّا مُحَمَّدَ بْنَ الْحَسَنِ ، فَإِنَّهُ
قَسَمَ مِيرَاثَ أَوْلَادِ الْأَخَوَاتِ عَلَى أَعْدَادِهِمْ ، وَأَقَامَهُمْ مُقَامَ أُمّهَاتِهِنَّ ، كَأَنَّهُمْ أَخَوَاتُ .

ومن مسائل ذلك ؛ سِتُّ بَنَاتٍ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، الْمَالُ بَيْنَ الْأَخَوَاتِ عَلَى
خَمْسَةِ ، فَمَا أَصَابَ كُلَّ وَاحِدَةٍ فَهُوَ لِبَنَتَيْهَا ، وَتَصِيحُ مِنْ عَشْرَةٍ . قَوْلُ أَبِي يُونُسَ ، الْمَالُ
كُلُّهُ لَوَلَدِ الْأَبَوَيْنِ . قَوْلُ مُحَمَّدٍ ، لَهَا الثَّلَاثَانِ ، وَلَوَلَدِ الْأُمِّ الثَّلَاثُ ، وَتَصِيحُ مِنْ سِتَّةٍ .
سِتُّ بَنَاتٍ سِتُّ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، لِبَنَتَي الْأُخْتَيْنِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ الثَّلَاثَانِ ، وَلَوَلَدِ الْأُمِّ
الثَّلَاثُ ، وَتَصِيحُ مِنْ سِتَّةٍ . وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ . ابْنُ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ وَابْنُ وَابْنَةُ أُخْتٍ لِأَبٍ ، وَابْنَا
وَابْنَتَا أُخْتٍ أُخْرَى لِأَبٍ ، وَثَلَاثَةُ بَنِينَ وَثَلَاثُ بَنَاتٍ أُخْتٍ لِأُمٍّ ، هِيَ مِنْ مِائَةِ وَعِشْرِينَ عِنْدَ
مَنْ سِوَى ، وَمِنْ سِتِّينَ عِنْدَ مَنْ فَضَّلَ ، وَمِنْ أَرْبَعَةٍ وَخَمْسِينَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ
أَرْبَعَةُ بَنِينَ ، وَأَرْبَعُ بَنَاتٍ أُخْرَى لِأُمٍّ ، صَحَّتْ مِنْ مِائَةٍ وَأَرْبَعَةٍ وَأَرْبَعِينَ عِنْدَ الْمُتَزَلِّينَ
كُلُّهُمْ . قَوْلُ مُحَمَّدٍ ، كَأَنَّهُمْ أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ ، وَسِتُّ أَخَوَاتٍ لِأَبٍ ، وَأَرْبَعُ عَشْرَةَ أُخْتًا
لِأُمٍّ ، وَسَهْمُ^(٢) وَلَدِ الْأَبِ / بَيْنَهُمْ عَلَى تِسْعَةٍ ، فَتَصِيحُ مِنْ ثَلَاثِمِائَةٍ وَثَمَانِيَةٍ وَسَبْعِينَ . فَإِنْ ١٢٤/٦ و

(١) في م : « جعلهن » .

(٢) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

كَانَ وَلَدُ الْأُخْتِ لِلْأَبْنَيْنِ ابْنًا وَبَنَاتًا ، صَحَّ كَذَلِكَ عِنْدَ الْمُتَزَلِّينَ ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ، كَأَنَّهُمَا أُخْتَانِ لِلْأَبْنَيْنِ ، فَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأَبِ ، وَتَصِحُّ مِنْ مِائَةِ وَسْتَةِ وَعَشْرِينَ . وَالْقَوْلُ فِي الْعَمَاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ ، وَالْحَالَاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ ، وَأَوْلَادِهِمْ ، كَالْقَوْلِ فِي وَلَدِ الْأُخَوَاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ .

١٠٣٥ - مسألة ؛ قال : (إِذَا كُنَّ ثَلَاثُ بَنَاتٍ ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، فَلَبِنَتْ الْأَخَ مِنْ الْأُمِّ السُّدُسُ ، وَالبَاقِي لِبْنِ الْأَخِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ)

هَذَا قَوْلُ جَمِيعِ الْمُتَزَلِّينَ ؛ لِأَنَّ الْإِخْوَةَ الْمُفْتَرِقِينَ يَسْقُطُ وَلَدُ الْأَبِ مِنْهُمْ بِوَلَدِ الْأَبْنَيْنِ ، وَلِلْأَخِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَالبَاقِي كُلُّهُ لِلْأَخِ لِلْأَبْنَيْنِ ، ثُمَّ مَا صَارَ لِكُلِّ أَخٍ فَهُوَ لِوَلَدِهِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْأُخُوَالِ الْمُفْتَرِقِينَ وَأَوْلَادِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأُخُوَالَ إِخْوَةُ الْأُمِّ .

مَسَائِلُ مِنْ ذَلِكَ ؛ سِتُّ بَنَاتٍ سِتَّةُ إِخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، لِوَلَدِ الْأُمِّ السُّدُسُ ، وَالبَاقِي لِوَلَدِ الْأَبْنَيْنِ . قَوْلُ مُحَمَّدٍ ، لِوَلَدِ الْأُمِّ الثَّلَاثُ . بِنْتُ أَخٍ لِلْأَبْنَيْنِ وَابْنُ أَخٍ لِلْأُمِّ ، وَبِنْتُ أَخٍ آخَرٍ لِلْأُمِّ . ابْنُ بِنْتِ بِنْتِ أَخٍ لِأَبٍ وَابْنًا وَابْنَتَا ابْنِ أَخٍ لِلْأُمِّ ، وَثَلَاثَةُ بَنِينَ وَثَلَاثُ بَنَاتٍ بِنْتُ أُخْتِ لِلْأُمِّ ، تَصِحُّ مِنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ عِنْدَ الْمُتَزَلِّينَ . فَإِنْ كَانَ مَكَانَ الْأَخِ مِنَ الْأَبِ أُخْتُ ، كَانَتْ مِنْ سِتِّينَ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ ابْنُ بِنْتِ أُخْتٍ مِنَ الْأَبْنَيْنِ ، عَادَتْ إِلَى اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ .

فصل : بِنْتُ أَخٍ لِلْأُمِّ وَبِنْتُ ابْنِ أَخٍ لِأَبٍ ، لِلأُولَى السُّدُسُ ، وَالبَاقِي لِلثَّانِيَةِ عِنْدَ الْمُتَزَلِّينَ . وَفِي الْقَرَايَةِ هُوَ لِلأُولَى ؛ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ إِلَى الْمَيِّتِ . بِنْتُ بِنْتِ أَخٍ لِلْأَبْنَيْنِ وَبِنْتُ ابْنِ أَخٍ لِلْأَبْنَيْنِ ، الْمَالُ لَهُذِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . بِنْتُ ابْنِ أَخٍ لِلْأُمِّ وَبِنْتُ بِنْتِ أَخٍ لِلْأَبْنَيْنِ وَابْنُ أَخٍ لِلْأَبْنَيْنِ ، لِلأُولَى السُّدُسُ ، وَالبَاقِي لِلثَّانِيَةِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : الْكُلُّ لِلثَّانِيَةِ . ١٢٤/٦ ط بِنْتُ أَخٍ / لِأَبٍ ، لِلأُولَى السُّدُسُ ، وَالبَاقِي لِلثَّانِيَةِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : الْكُلُّ لِلثَّانِيَةِ . بِنْتُ أَخٍ لِلْأُمِّ وَبِنْتُ بِنْتِ أَخٍ لِأَبٍ ، الْمَالُ لِلأُولَى ، إِلَّا فِي قَوْلِ الثَّوْرِيِّ ، وَابْنِ سَالِمٍ ، وَضِرَارٍ : لِلأُولَى السُّدُسُ ، وَالبَاقِي لِلثَّانِيَةِ ، لِأَنَّهُمْ يَوْرَثُونَ الْبَيْعَةَ مَعَ الْقَرِيبِ ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ .

فصل: ابن وبنات أخت الأبوين وبنات أخ لأب وثلاثة بنات أخت لأب وخمسة بنات أخت لأب وعشر بنات أخ لأب ، أصلها من ثمانية عشر ، وتصح من خمس مائة وأربعين ؛ في قول المنزليين ، النصف من ذلك بين ولدي الأخت للأبوين بالسوية ، عند من سوى ، وأثلاثا عند من فضل ، ولوليد الأم الثلث ، وهو مائة وثمانون ، ولوليد الأخ تسعون ، ولوليد الأخت تسعون ، ولوليد الأب تسعون ، ولوليد الأخ ستون ، ولوليد الأخت ثلاثون . ثلاث بنات إخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات ، ولولدي الأم الثلث بينهما بالسوية ، والباقي لولدي الأبوين ^(١) ، لبنات الأخ ثلثاه ، ولبنات الأخت ثلثه . وإن كان معهم ثلاثة بنات أخوات مفترقين ، فلهم السدس ، لابن الخال من الأم سدسه ، وباقيه لابن الخال من الأبوين ، ويبقى النصف ، لبنات الأخ من الأبوين ثلثاه ، ولبنات الأخت ثلثه ، وتصح من ستة وثلاثين . والحكم في ثلاثة أخوات مفترقين في قسمة ميراث الأم بينهم ، كالحكم في ثلاثة إخوة مفترقين في قسمة ميراثهم بينهم . وكذلك ثلاثة أخوات مفترقين ، مع ثلاثة حالات مفترقات ، كثلاث بنات إخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات ، على ما ذكر ^(٢) .

١٠٣٦ - مسألة ؛ قال : (وإذا كان ثلاث بنات عمومية مفترقين ، فالمال لبنت العم من الأب والأم ^(١) ؛ لأنهن أفمن مقام آبائهن)

أكثر أهل التنزيل على هذا ، وهو قول أهل القرابة . وقال الثوري : المال / بين بنت العم من الأبوين وبنات العم من الأم على أربعة . وقال أبو عبيد : لبنت العم من الأم السدس ، والباقي لبنت العم من الأبوين ، كبنات الإخوة . ولا يصح شيء من هذا ؛ لأنهن بمنزلة آبائهن ، ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الأبوين . وفارق بنات الإخوة ؛ لأن آباءهن يكون المال بينهم على ستة ، ويرث الأخ من الأم مع الأخ من

(١) في م : : الابن .

(٢) في م : : ذكرنا .

(١) في الزيادة : : وسقط الباقون .

الأبوين ، بخلاف العمومة . وقيل ، على قياس قول محمد بن سالم : المأل لبنت العم من الأم ؛ لأنها بعد درجتين بمنزلة الأب ، فيسقط به العم . قال الخبري : وليس بشيء . وقد ذكر أبو الخطاب في كتاب « الهداية » قولاً من رأيه يُفضي إلى هذا ، فإنه ذكر أن الأبوة جهة ، والعمومة جهة أخرى ، وأن البعيد والقريب من ذوى الأرحام إذا كانا من جهتين ، نُزِلَ البعيد حتى يلحق بوارثه ، سواء سَقَطَ به القريب ، أو لم يسقط ، فيلزم على هذا أن تُنزل بنت العم من الأم حتى تلحق بالأب ، فيسقط بها ابنتا العمين الآخرين . وأظن أبا الخطاب لو علم إفشاء هذا القول إلى هذا لم يقله ، ولم يذهب إليه ، لما فيه من مخالفة الإجماع ، ومقتضى الدليل ، وإسقاط القوى بالضعيف ، والقريب بالبعيد . ولا يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسألة على ما قال الخرقى .

ومن مسائل ذلك ؛ بنت عم لأبوين وبنت عم لأب ، المأل للأولى . بنت عم لأب وبنت عم للأم ، كذلك . بنت عم لأب وبنت ابن عم لأبوين ، كذلك . بنت ابن عم لأب وبنت عم للأم ، المأل للأولى عند المنزّلين ، وهو للثانية عند أهل القرابة ؛ لأنها أقرب . بنت عم للأم ، وبنت بنت عم لأبوين ، المأل للأولى في قولهم جميعاً . بنت عم وابن عمّة ، المأل لبنت العم عند الجمهور . وحكى عن الثوري أن لبنت العم سهمين ، ولابن العمّة سهم . / بنت بنت عم وبنت ابن عم ، المأل لهذه عند الجمهور . وقول ابن سالم : هو للأولى . بنت عمّة من أبوين وبنت عم من أم ، لبنت العم السُدُسُ ، ولبنات العمّة النصف ، ثم يُردُّ عليهما الباقي ، فيكون بينهما على أربعة . ثلاث بنات عماتٍ مُفترقاتٍ وبنت عم من أم ، المأل بينهما على ستة . فإن كان معهن بنت عم من أبوين ، أو أب ، ورثت المأل دونهن .

١٠٣٧ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كُنَّ ثَلَاثُ خَالَاتٍ مُفْتَرَقَاتٍ ، وَثَلَاثُ عَمَّاتٍ مُفْتَرَقَاتٍ ، فَالْثُلُثُ بَيْنَ الثَّلَاثِ خَالَاتٍ عَلَى خُمُسَةِ أَسْهُمٍ ^(١) ، وَالثَّلَاثُ بَيْنَ الثَّلَاثِ عَمَّاتٍ عَلَى خُمُسَةِ أَسْهُمٍ)

(١) سقط من : م .

فتصحُّ من خمسة عشر سهماً ؛ وللخالَةِ التي من قِبَلِ الأبِ والأُمِّ ثلاثة أسهمٍ ، وللخالَةِ التي من قِبَلِ الأبِ سهمٌ ، وللخالَةِ التي من قِبَلِ الأُمِّ سهمٌ ، وللعَمَّةِ التي من قِبَلِ الأبِ سهمانِ . إنما كانَ كذلك ؛ لأنَّ الخَالَاتِ بمنزِلَةِ الأُمِّ ، والعَمَّاتِ بمنزِلَةِ الأبِ ، فكأنَّ الميِّتَ خَلْفَ أباهُ ، وأُمِّه ، فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ ، والباقي لأبيهِ ، ثم ما صارَ للأُمِّ بَيْنَ أَخَوَاتِهَا عَلَى خَمْسَةِ ؛ لَأَنَّهُنَّ أَخَوَاتٌ لَهَا مُفْتَرِقَاتٌ ، فيُقسَّمُ نَصيبُهَا بَيْنَهُنَّ بِالْفَرَضِ وَالرَّدِّ ، عَلَى خَمْسَةِ ، كما يُقسَّمُ مَالُ الميِّتِ بَيْنَ أَخَوَاتِهِ الْمُفْتَرِقَاتِ . وما صارَ للأبِ قُسَمَ بَيْنَ أَخَوَاتِهِ عَلَى خَمْسَةِ ، فصَارَ الكَسْرُ فِي المَوْضِعَيْنِ عَلَى خَمْسَةِ ، وإحداهما تُجْزَى عَنِ الأُخْرَى ؛ لَأَنَّهُمَا عِدَدَانِ مُتَمَاثِلَانِ ، فَتَضْرِبُ خَمْسَةً فِي أَصْلِ المسْأَلَةِ ، وهو ثلاثة ، فصَارَتْ خَمْسَةُ عَشَرَ ، كما ذُكِرَ ، لِلخَالَاتِ سَهْمٌ فِي خَمْسَةِ ، مَقْسُومَةٌ بَيْنَهُنَّ ، كما ذُكِرَ ، وَللعَمَّاتِ سَهْمَانِ فِي خَمْسَةِ ، تَكُنْ عَشْرَةٌ بَيْنَهُنَّ ، عَلَى خَمْسَةِ ، كما ذُكِرَ أَيْضاً . وهذا قولُ عَامَّةِ الْمُتَزَلِّينَ . وعندَ أَهْلِ القَرَابَةِ ؛ لِلعَمَّةِ مِنَ الأبَوَيْنِ الثُّلُثَانِ ، وللخالَةِ مِنَ الأبَوَيْنِ الثُّلُثُ ، وَسَقَطَ سَائِرُهُنَّ . وقالَ نَعِيمٌ ، وإِسْحاقُ : الخَالَاتُ كُلُّهُنَّ سَوَاءٌ ، فيكونُ نَصيبُهُنَّ بَيْنَهُنَّ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وكذلكَ نَصيبُ العَمَّاتِ بَيْنَهُنَّ عَلَى ثَلَاثَةٍ يَتَسَاوَيْنَ فِيهِ ، فتكونُ هذه المسْأَلَةُ عِنْدَهُمَا مِنْ تِسْعَةٍ . / ١٢٦/٦ و

فإن كانَ مع الخَالَاتِ خَالٌ مِنْ أُمٍّ ، ومع العَمَّاتِ عَمٌّ مِنْ أُمٍّ ، فَسَهْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الفَرِيقَيْنِ بَيْنَهُمْ عَلَى سِتَّةٍ ، وتصحُّ مِنْ ثمانية عشرَ سهماً عِنْدَ الْمُتَزَلِّينَ . ثلاثة أحوالٍ مُفْتَرِقِينَ مَعَهُمْ أَخَوَاتُهُمْ ، وَعَمٌّ وَعَمَّةٌ مِنْ أُمٍّ ، الثَّلَاثُ بَيْنَ الأَحْوَالِ والخَالَاتِ عَلَى سِتَّةٍ ، لِلخَالِ والخَالَةِ مِنَ الأُمِّ ثَلَاثَةٌ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِيَّةِ ، وثُلَاثُهُ لِلخَالِ والخَالَةِ مِنَ الأبَوَيْنِ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ عِنْدَ مَنْ فَضَّلَ ، وهو قولُ أَكْثَرِ الْمُتَزَلِّينَ ، وإحدى الرَّاوِيَتَيْنِ عَنِ أَحْمَدَ ، وَذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ فِي الخَالِ والخَالَةِ خَاصَّةً دُونَ سَائِرِ ذَوِي الأَرْحَامِ . والرَّوَايَةُ الأُخْرَى ، هُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى السُّوِيَّةِ ، وَالثُّلُثَانِ بَيْنَ العَمِّ والعَمَّةِ بِالسُّوِيَّةِ . ثَلَاثُ عَمَّاتٍ وَثَلَاثُ بَنَاتٍ عَمٍّ ، وَثَلَاثُ خَالَاتٍ وَثَلَاثَةُ بَنَى خَالٍ ، الميراثُ لِلْعَمَّاتِ والخَالَاتِ ، وَيَسْقُطُ الْباقُونَ ، فيكونُ لِلخَالَاتِ الثُّلُثُ ، وَالباقى لِلْعَمَّاتِ . فإن كانَ مَعَهُمْ ثَلَاثُ بَنَاتٍ إِخْوَةٍ ، فَلِلخَالَاتِ السُّدُسُ ، وَالباقى

لِلْعَمَّاتِ ؛ لِأَنَّهُنَّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ ، فَيَسْقُطُ بِهِنَّ بَنَاتُ الْإِخْوَةِ ؛ لِأَنَّهُنَّ بِمَنْزِلَةِ الْإِخْوَةِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْعَلَ أَوْلَادُ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ مِنْ جِهَةِ الْأُبُوَّةِ ، فَيُقَدَّمُ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَدُ
الْأَبِ عَلَى الْعَمَّاتِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُ بَنِيهِ ، وَالْعَمَّاتُ أَخَوَاتُهُ . وَوَجْهُ هَذَا الْإِحْتِمَالِ أَنَّنَا إِذَا
جَعَلْنَا الْأُخُوَّةَ جِهَةً ، وَالْأُبُوَّةَ جِهَةً أُخْرَى ، مَعَ مَا تَقَرَّرَ مِنْ أَصْلَانَا أَنَّ الْبَعِيدَ وَالْقَرِيبَ إِذَا كَانَا
مِنْ جِهَتَيْنِ ، نُزِّلَ الْبَعِيدُ حَتَّى يَلْحَقَ بِوَارِثِهِ ، سَوَاءً سَقَطَ بِهِ الْقَرِيبُ ، أَوْ لَمْ يَسْقُطْ ، لَزِمَ
مِنْهُ سَقُوطُ وَلَدِ الْإِخْوَةِ بِنِيبَاتِ الْعَمِّ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ . وَلِزِمَ مِنْ هَذَا أَنْ
يَسْقُطَنَّ بِنَاتُ الْعَمَّاتِ ، وَبِنَاتُ الْأَعْمَامِ كُلِّهِمْ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ مَكَانُ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ
بِنَاتِهِنَّ ، فَلِلْخَالَاتِ السُّدُسُ بَيْنَ بَنَاتِهِنَّ عَلَى خَمْسَةٍ ، وَالْبَاقِي لِبَنَاتِ الْإِخْوَةِ ، لِبِنْتِ الْأَخِ
مِنَ الْأُمِّ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِبِنْتِ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ ثَلَاثِينَ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ
بَنَاتُ إِخْوَةٍ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَلَا مِنْ أَبِي ، فَالْبَاقِي لِبِنْتِ الْعَمِّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ .

فصل : خَالَةٌ / وَابْنُ عَمَّةٍ ، لِلْخَالَةِ الثَّلَاثُ ، وَالْبَاقِي لِابْنِ الْعَمَّةِ ، وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ،
وَمَنْ وَرَثَ الْبَعِيدَ مَعَ الْقَرِيبِ . وَفِي قَوْلِ أَكْثَرِ الْمُتَنَزِّلِينَ ، وَأَهْلِ الْقَرَابَةِ ، الْمَالُ لِلْخَالَةِ ؛
لِأَنَّهَا أَقْرَبُ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مَكَانُ الْخَالَةِ خَالًا . عَمَّةٌ وَابْنُ خَالٍ مَعَهُ أُخْتُهُ ، الثَّلَاثُ بَيْنَ ابْنِ
الْخَالِ وَأُخْتِهِ بِالسُّوِّيَّةِ ، إِنْ كَانَ أَبُوهُمَا خَالًا مِنْ أُمِّ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَبِي ، أَوْ مِنْ أَبَوَيْنِ ، فَفِيهِ
رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِّيَّةِ أَيْضًا . وَالثَّانِيَّةُ ، عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالْبَاقِي لِلْعَمَّةِ .
وَعِنْدَ أَكْثَرِ الْفَرَضِيِّينَ ، الْمَالُ لِلْعَمَّةِ . بِنْتُ عَمٍّ وَابْنُ عَمَّةٍ وَبِنْتُ خَالٍ وَابْنُ خَالَةٍ ، الثَّلَاثُ
بَيْنَ بِنْتِ الْخَالِ ، وَابْنِ الْخَالَةِ بِالسُّوِّيَّةِ ، إِنْ كَانَ مِنْ أُمِّ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنْ أَبِي ،
فَهَلْ هُوَ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِّيَّةِ ، أَوْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ . وَإِنْ كَانَ ابْنُ الْخَالَةِ مِنْ أُمِّ ، وَالْخَالُ
مِنْ أَبِي ، فَلِابْنِ الْخَالَةِ سُدُسُ الثَّلَاثِ ، وَالْبَاقِي لِبِنْتِ الْخَالِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِنْتُ الْخَالِ مِنْ
أُمِّ ، وَابْنُ الْخَالَةِ مِنْ أَبِي ، فَالْثَّلَاثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَالْبَاقِي لِابْنِ الْعَمِّ . وَعِنْدَ أَكْثَرِ
الْمُتَنَزِّلِينَ ، الْمَالُ كُلُّهُ لِبِنْتِ الْعَمِّ ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَقَتْ إِلَى الْوَارِثِ . خَالَةٌ وَبِنْتُ عَمٍّ ، ثَلَاثُ ،
وِثْلَانِ ، وَعِنْدَ أَهْلِ الْقَرَابَةِ ، هُوَ لِلْخَالَةِ . عَمَّةٌ وَبِنْتُ عَمٍّ ، مَنْ نَزَلَ الْعَمَّةُ أَبَا جَعَلَ الْمَالُ
لَهَا ، وَمَنْ نَزَلَهَا عَمًّا جَعَلَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَكَذَلِكَ مَنْ أَمَاتَ السَّبَبَ . بِنْتُ ابْنِ عَمٍّ

لأب وبنتُ عَمَّةٍ لأبوينِ ، المأل لبنتِ ابنِ العمِّ . ابنُ خالٍ^(٢) من أم وبنتُ خالةٍ من أب وبنتُ عمٍّ من أم وابنُ عَمَّةٍ من أب ، الثُلثُ من أربعة ، والثُلثانِ من أربعة أيضاً ، وتصيحُّ من اثني عشر ، وفي القرابة ، الثُلثُ لبنتِ الخالة ، والثُلثانِ لابنِ العمَّةِ ، وتصيحُّ من ثلاثة .

فصل : خالٌ وخالةٌ وأبو أم ، المأل لأبي الأم . فإن كانَ معهم ابنةُ عمٍّ ، أو عَمَّةٌ ، فالثُلثُ لأبي الأم ، والباقي لابنةِ العمِّ ، أو العمَّةِ . وإن كانَ مكانَ أبي الأم أمُّه فلا شيءَ لها ؛ لأنَّ الخالةَ أسبقُ إلى الوارثِ ، والجهةُ واحدةٌ . خالةٌ وأبو أم أم^(٣) ، المأل للخالةِ ؛ لأنها بمنزلةِ / الأم ، وهى تُسقطُ أم الأم . ابنُ خالٍ وابنُ أخٍ من أم ، المأل بينهما على ثلاثة ، كأنَّهما أم وأخ من أم . وعند المُنزِّلين هو لابنُ الأخ . فإن كانَ معهما ابنُ أختٍ من أب ، فالمأل بينهما على خمسة ؛ لابنِ الأختِ ثلاثة أخماسه ، ولكلٍّ واحدٍ منهما الخمسُ . وإن كانَ معهم بنتُ أخٍ من أبوينِ ، فلها النصفُ ، ولكلٍّ واحدٍ من الباقيْن السُدُسُ . وعند المُنزِّلين ، لاشيءَ لابنِ الخالِ ، والمأل بين الباقيْن على خمسة . خالٌ وابنُ ابنِ أختٍ لأم ، المأل بينهما على ثلاثة . وعند المُنزِّلين ، هو للخالِ . بنتُ بنتِ أختٍ لأبوينِ وابنُ ابنِ أخٍ لأم ، وبنتُ ابنِ أخٍ لأب وبنتُ خالةٍ ، لهذه السُدُسُ ، والباقي لبنتِ ابنِ الأخ . وعند المُنزِّلين ، المأل كُلُّهُ لَهُ .

فصل : عَمَّةٌ وابنةُ أخٍ ، المأل للعمَّةِ عند مَنْ نزلها أباً ، ولابنِ الأخ عند مَنْ نزلها عمًّا ، وبينهما عند مَنْ نزلها جدًّا . بنتُ عمٍّ وبنتُ عَمَّةٍ وبنتُ أخٍ من أم وبنتُ أخٍ من أب ، لبنتِ الأخ من الأم السُدُسُ ، والباقي لبنتِ الأخ من الأب ، فإن لم يكنْ بنتُ أخٍ من أب ، فالباقي لبنتِ العمِّ ، ويبيءُ على قولٍ مَنْ نزلَ البعيدَ حتى يُلحِقَهُ بوارثِهِ ، وجعلَ الأبوةَ جهةً ، والأخوةَ جهةً ، أن يسقطَ أولادُ الأخوةِ . فإن جعلَ الأبوةَ جهةً ، والعمومةَ جهةً أخرى ، أسقطَ بنتُ العمِّ بينتِ العمَّةِ ، وقيل : إن هذا قولُ ابنِ سالمٍ ، وهو بعيدٌ . بنتُ

(٢) في م : خالة .

(٣) سقط من : م .

عَمَّ وَبِنْتُ خَالٍ وَبِنْتُ أُمٍّ مِنْ أَبِي ؛ لِبْنَتِ الْخَالِ الثَّلَاثُ ، وَالْبَاقِي لِبْنَتِ الْأَخِ ، وَعِنْدَ أَكْثَرِ الْمُتَزَلِّينَ ، الْكُلُّ لِبْنَتِ الْأَخِ . ثَلَاثُ بَنَاتٍ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ وَثَلَاثُ بَنَاتٍ عَمَّاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، السُّدُسُ الْبَاقِي بَيْنَ بَنَاتِ الْعَمَّاتِ عَلَى خَمْسَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَلَاثِينَ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ خَالٌ ، أَوْ خَالَتٌ ، أَوْ أَحَدٌ مِنْ أَوْلَادِهِمَا ، فَلَهُ السُّدُسُ ، وَلَا شَيْءَ لَوْلِدِ الْعَمَّاتِ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ سَالِمٍ ، وَأَصْحَابِيهِ ، فَإِنَّهُ يُورَثُهُمْ ، وَيُسْقِطُ وَلَدَ الْأَخَوَاتِ . وَيَقْتَضِيهِ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ ١٢٧/٦ ط . خَالَتٌ ، وَعَمَّةٌ وَسِتٌّ^(٤) بَنَاتٍ ثَلَاثٍ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، لِلْخَالَةِ السُّدُسُ ، / وَالْبَاقِي لِلْعَمَّةِ . وَمَنْ نَزَلَهَا عَمًّا فَلِبْنَتِي الْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ النِّصْفُ ، وَلِبْنَتِي الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ السُّدُسُ ، وَلِبْنَتِي الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ السُّدُسُ . فَإِنْ كُنَّ بَنَاتٍ سِتٌّ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، عَالَتْ عَلَى هَذَا إِلَى سَبْعَةٍ .

فصل : في عَمَّاتِ الْأَبَوَيْنِ وَأَخَوَاتِهِمَا وَخَالَاتِهِمَا ؛ مَذْهَبُنَا مَا تَقَدَّمَ مِنْ تَقْدِيمِ الْأَسْبَقِ إِلَى الْوَارِثِ إِنْ كَانَ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَتَنْزِيلِ الْبَعِيدِ حَتَّى يَلْحَقَ بِوَارِثِهِ إِنْ كَانَ مِنْ جِهَتَيْنِ ، ثُمَّ يُجْعَلُ لِمَنْ يُدْلَى بِهِ مَا كَانَ لَهُ . وَأَكْثَرُ الْمُتَزَلِّينَ يُعْطَوْنَ الْمِيرَاثَ لِلْأَسْبَقِ بِكُلِّ حَالٍ . وَالْمَشْهُورُ عَنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ أَنَّ نَصِيبَ الْأُمِّ بَيْنَ خَالَاتِهَا وَخَالَاتِهَا ، وَعَمَّاتِهَا وَعَمَّاتِهَا ، عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَنَصِيبُ الْأَبِ بَيْنَ عَمَّاتِهِ وَخَالَاتِهِ كَذَلِكَ .

وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ ؛ ثَلَاثُ خَالَاتٍ أُمَّ مُفْتَرِقَاتٍ وَثَلَاثَةُ أَعْمَامٍ أُمَّ مُفْتَرِقِينَ وَثَلَاثُ خَالَاتٍ أَبِي مُفْتَرِقَاتٍ ، فَخَالَاتُ الْأُمِّ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْأُمِّ ، وَخَالَاتُ الْأَبِ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْأَبِ ، فَيَكُونُ الْمَالُ بَيْنَ هَاتَيْنِ الْجَدَّتَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وَنَصِيبُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَيْنَ أَخَوَاتِهَا عَلَى خَمْسَةٍ ، وَتُسْقِطُ عَمَّاتُ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ^(٥) الْأُمِّ ، وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ عَمَّاتُ أَبِي ، فَلِخَالَاتِ الْأَبِ وَالْأُمِّ السُّدُسُ بَيْنَهُمَا ، وَالْبَاقِي لِعَمَّاتِ الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُنَّ بِمَنْزِلَةِ الْجَدِّ . عَمَّةُ أَبِي وَعَمَّةُ أُمِّ ، لِعَمَّةِ الْأُمِّ الثَّلَاثُ ، وَالْبَاقِي لِعَمَّةِ الْأَبِ . هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ

(٤) في ١ ، م : د و ثلاث .

(٥) في م : د أب .

العراق . وقال القاضي : المال لعمّة الأب ؛ لأنها أسبق ؛ لأنها أخت الجد ، وهو وارث . وهذا قول أكثر المنزّلين ؛ لأنّهم يُورثون الأسبق بكلّ حال . خالة أم وعمّة أب ، للخالة السدس ، والباقي للعمّة ؛ لأنّهما كجد^(٦) وجدّة . وكذلك القول في خالة أب وعمّته . خالة أم وخالة أم أب ، المال للخالة ؛ لأنّهما بمنزلة أم أم ، وأم أم أب . خال أب وعم أم ، المال للخال ؛ لأنّه بمنزلة جدّة ، والجدّات بمنزلة الأمّهات . بنت خال أم / ، وبنت عم أب ، لبنت الخال السدس ، ولبنت العم ما بقي . ومن ورث الأسبق جعل^{١٢٨/٦} الكلّ لبنت العم . أبو أي أم وأبو أم أب ، المال لأي أم الأب . فإن كان معهما أبو أم أم فهو بينهما نصّفين ؛ لأنّهما بمنزلة جدّتين متحاذيتين . أبو أم أي^(٧) أم ، وأبو أي أم أم ، المال لهذا ؛ لأنّه أسبق . فإن كان معهما أبو أم أي أب ، فالمال له ؛ لأنّه بأوّل درجة يلقى الوارث . (أب وأم^(٨)) أي أم ، لأم أي الأمّ الثلث ، والباقي للأب . فإن كان معهما أبو أم أم ، فالمال له ؛ لأنّه يُدلى بوارث . وإن كان معهما أبو أم أب ، فالمال بين هذا والذى قبله نصّفين .

فصل : وإذا كان لدى الرّجيم قرابتان ، ورث بهما ، بإجماع من المورّثين لهم ، إلّا شيئاً يحكى عن أي يوسف ، أنّهم لا يرثون إلّا بقراية واحدة . وليس بصحيح عنه ، ولا صحيح في نفسه ؛ لأنّه شخص له جهتان لا يرجح بهما ، فورث بهما ، كالزّوج إذا كان ابن عم ، وابن العم إذا كان أخاً من أم ، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين كشخصين^(٩) ، فتقول في ابن بنت بنت ، هو ابن ابن بنت أخرى ، وبنت بنت بنت أخرى ، للابن الثّلاثان ، وللبنت الثّلاث . فإن كانت أمهما واحدة ، فله ثلاثة أرباع المال

(٦) في م : كجدة .

(٧) في م : وأي .

(٨-٨) في الأصل ، ١ : أبو أم .

(٩) في م : كشخص .

عند مَنْ سَوَّى ، ولأُخْتِهِ الرَّبْعُ . وَمَنْ فَضَّلَ جَعَلَ لَهُ النِّصْفَ ، والثُّلْثَ ، ولأُخْتِهِ السُّدُسَ .
وهذا قولُ أَكْثَرِ الْمُتَنَزِّلِينَ ، وقولُ أَبِي حَنِيفَةَ ، ومُحَمَّدٍ . وقياسُ قولِ أَبِي يُونُسَ ، له أَرْبَعَةُ
أَخْمَاسٍ الْمَالِ ، ولأُخْتِهِ الْخُمْسُ . بنتا أُخْتٍ مِنْ أُمٍّ ، إحداهما بنتُ أَخٍ مِنْ أَبِي ، وبنتُ
أُخْتٍ مِنْ أَبِي بْنِ ، هِيَ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، ستةٌ لبنتِ الأُخْتِ مِنْ أَبِي بْنِ ، وأربعةٌ لذاتِ
الْقَرَابَتَيْنِ مِنْ جِهَةِ ابْنِهَا ، ولها سهمٌ مِنْ جِهَةِ أُمِّهَا ، وللأُخْرَى سهمٌ . عَمَّتَانِ مِنْ أَبِي ،
إحداهما خالَةٌ مِنْ أُمٍّ ، وخالَةٌ مِنْ أَبِي بْنِ ، هِيَ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ أَيْضًا ، لذاتِ الْقَرَابَتَيْنِ
خَمْسَةٌ ، وللعَمَّةِ الأُخْرَى أَرْبَعَةٌ ، وللخالَةِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ثَلَاثَةٌ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا عَمٌّ مِنْ أُمٍّ هُوَ
خَالَ مِنْ أَبِي ، صَحَّحَتْ مِنْ تِسْعِينَ . ابْنُ وَبْنُ ابْنِ عَمَّةٍ مِنْ أُمٍّ ، البنتُ هِيَ بِنْتُ عَمٍّ مِنْ أُمٍّ
/ وَالْعَمُّ هُوَ خَالَ مِنْ أَبِي . ابْنُ وَبْنُ ابْنِ خَالَ مِنْ أَبِي ، الابْنُ هُوَ ابْنُ بِنْتِ خَالَ آخَرَ مِنْ
أَبِي ، وَالْخَالَانِ عَمَّانِ مِنْ أُمٍّ ، هِيَ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ .

مسائلُ شَتَّى ^(١٠) ؛ يَعْنِي مُتَفَرِّقَةً ، فَإِنَّهَا مَسَائِلُ مِنْ أَبْوَابٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، يَقَالُ : شَتَّى ،
وَشَتَّانَ ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ تَحْسِبُهُمْ جَمِيعًا وَقُلُوبُهُمْ شَتَّى ﴾ ^(١١) . وَقَالَ تَعَالَى :
﴿ إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّى ﴾ ^(١٢) . وَقَالَ الشَّاعِرُ ^(١٣) :

قَدْ عِشْتُ فِي النَّاسِ أَطْوَارًا عَلَى طَرِيقِ شَتَّى وَقَاسَيْتُ فِيهَا اللَّيْنَ وَالْفَطْعَا

١٠٣٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَالْخُنْثَى الْمُمْشِكِلُ يَرِثُ نِصْفَ مِيرَاثِ ذَكَرٍ ،
وَنِصْفَ مِيرَاثِ أُنْثَى . فَإِنْ بَالَ مِنْ حَيْثُ يُبُولُ الرَّجُلُ فَلَيْسَ بِمُمْشِكِلٍ ، وَحُكْمُهُ فِي
الْمِيرَاثِ وَغَيْرِهِ حُكْمُ رَجُلٍ . وَإِنْ بَالَ مِنْ حَيْثُ تُبُولُ الْمَرْأَةُ فَلَهُ حُكْمُ امْرَأَةٍ)
الْخُنْثَى هُوَ الَّذِي لَهُ ذَكَرٌ وَفَرْجُ امْرَأَةٍ ، أَوْ ثُقْبٌ فِي مَكَانِ الْفَرْجِ يَخْرُجُ مِنْهُ الْبَوْلُ .

(١٠) في الزيادة : من الفرائض .

(١١) سورة الحشر ١٤ .

(١٢) سورة الليل ٤ .

(١٣) لقيط بن زرارَةَ القَيْمِي ، كما ذكرَ التَّنَوُّخِي . الْفَرْجُ بَعْدَ الشَّدَةِ ٥ / ٥ ، وَذَكَرَ الْمَبْدِ الْبَيْتَ وَلَمْ يَنْسِبْهُ . الْكَامِلُ

١ / ١٩٢ ، وَنَقَلَ صَاحِبُ اللِّسَانِ وَالتَّاجُ الْبَيْتَ (ف ظ ع) عَنْ الْمَبْدِ ، وَلَمْ يَنْسِبْهُ .

وَيَنْقَسِمُ إِلَى مُشْكِلٍ وَغَيْرِ مُشْكِلٍ ، فَالَّذِي يَتَبَيَّنُ فِيهِ عِلَامَاتُ الذَّكُورِيَّةِ ، أَوِ الْأُنُوثِيَّةِ ، فَيُعْلَمُ أَنَّهُ رَجُلٌ ، أَوْ امْرَأَةٌ ، فَلَيْسَ بِمُشْكِلٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ رَجُلٌ فِيهِ خِلْقَةٌ زَائِدَةٌ ، أَوْ امْرَأَةٌ فِيهَا خِلْقَةٌ زَائِدَةٌ ، وَحُكْمُهُ فِي إِزْرِهِ وَسَائِرِ أَحْكَامِهِ حُكْمُ مَا ظَهَرَتْ عِلَامَاتُهُ فِيهِ ، وَيُعْتَبَرُ بِمَبَالِهِ فِي قَوْلٍ مَنْ بَلَغْنَا قَوْلَهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْخُنْثَى يُورَثُ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ ، إِنْ بَالَ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ الرَّجُلُ ، فَهُوَ رَجُلٌ ، وَإِنْ بَالَ مِنْ حَيْثُ تَبُولُ الْمَرْأَةُ ، فَهُوَ امْرَأَةٌ . وَمِمَّنْ رُوِيَ عَنْهُ ذَلِكَ ؛ عَلِيُّ ، وَمَعَاوِيَةُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَأَهْلُ الْكُوفَةِ ، وَسَائِرُ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ اللَّبَّانِ : رَوَى الْكَلْبِيُّ ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ مَوْلَا لَهُ قُبْلَ وَذَكَرٌ ، مِنْ أَيْنَ يُورَثُ ؟ قَالَ : « مِنْ حَيْثُ يَبُولُ » . وَرَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَتَى بِخُنْثَى مِنَ الْأَنْصَارِ ، فَقَالَ : « وَرَثَتُهُ مِنْ أَوَّلِ مَا يَبُولُ مِنْهُ »^(١) . وَلَئِنْ خُرُوجَ الْبَوْلِ أَعَمُّ الْعِلَامَاتِ ؛ / لَوْجُودِهَا مِنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، وَسَائِرِ الْعِلَامَاتِ إِنَّمَا يَوْجَدُ بَعْدَ الْكَبَرِ ، مِثْلُ نَبَاتِ اللَّحْيَةِ ، وَتَفْلُكِ الثَّدْيِ^(٢) ، وَخُرُوجِ الْمَنِيِّ ، وَالْحَيْضِ ، وَالْحَبْلِ . وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا جَمِيعًا ، «^(٣) اَعْتَبَرْنَا أَسْبَقَهُمَا » . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ . وَبِهِ قَالَ الْجُمْهُورُ . فَإِنْ خَرَجَا مَعًا ، وَلَمْ يَسْبِقْ أَحَدُهُمَا ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ : يَرِثُ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي يَنْزِلُ^(٤) مِنْهُ أَكْثَرُ . وَحُكِيَ هَذَا عَنِ الْأَوْزَاعِيِّ ، وَصَاحِبِيِّ أَبِي حَنِيفَةَ . وَوَقَفَ فِي ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَلَمْ يَعْتَبِرْهُ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَرْيَةٌ لِأَحَدِي الْعِلَامَتَيْنِ ، فَيُعْتَبَرُ بِهَا ، كَالسَّبِقِ . فَإِنْ اسْتَوَيَا فَهُوَ حَيْثُ مُشْكِلٌ . فَإِنْ مَاتَ لَهُ مَنْ يَرِثُهُ ، فَقَالَ الْجُمْهُورُ :

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ الْخُنْثَى ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ٢٦١ . وَانْظُرْ : إِرْوَاءُ الْغَلِيلِ ٦ / ١٥٢ .

(٢) تَفْلُكُ الثَّدْيِ : اسْتِدَارَتُهُ .

(٣-٣) فِي ١ : « اَعْتَبَرْنَا بِأَسْبَقَهُمَا » .

(٤) فِي ١ : « يَبُولُ » .

يُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يُلْعَ ، فَيَتَبَيَّنُ فِيهِ عِلَامَاتُ الرُّجَالِ^(٥) ؛ مِنْ نَبَاتِ اللَّحْيَةِ ، وَخُرُوجِ
الْمَنِيِّ مِنْ ذَكَرِهِ ، وَكَوْنِهِ مَنِيَّ رَجُلٍ ، أَوْ عِلَامَاتِ النِّسَاءِ ؛ مِنْ الْحَيْضِ ، وَالْحَبْلِ ،
وَتَقْلُّكِ التَّدْيِينِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . وَحُكِيَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَالْحَسَنِ ،
أَنْهُمَا قَالَا : تُعَدُّ أَضْلَاعُهُ ، فَإِنَّ أَضْلَاعَ الْمَرْأَةِ أَكْثَرُ مِنْ أَضْلَاعِ الرَّجُلِ بِضِلْعٍ . قَالَ ابْنُ
الْبَنَانِ : وَلَوْ صَحَّ هَذَا ، لَمَا أَشْكَلَ حَالُهُ ، وَلَمَا اخْتِيجَ إِلَى مُرَاعَاةِ الْمَبَالِ . وَقَالَ جَابِرُ بْنُ
زَيْدٍ : يُوقَفُ إِلَى جَنْبِ حَائِطٍ ، فَإِنْ بَالَ عَلَيْهِ فَهُوَ رَجُلٌ ، وَإِنْ شَلَّشَلَ بَيْنَ فَخْذَيْهِ فَهُوَ
امْرَأَةٌ . وَلَيْسَ عَلَى هَذَا تَعْوِيلٌ ، وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَاهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَأَنَّهُ يُوقَفُ أَمْرُهُ
مَا دَامَ صَغِيرًا ، فَإِنْ اخْتِيجَ إِلَى قَسْمِ الْمِيرَاثِ ، أُعْطِيَ هُوَ وَمَنْ مَعَهُ الْيَقِينُ ، وَوُقِفَ الْبَاقِي
إِلَى حِينَ بُلُوغِهِ ، فَتُعْمَلُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّهُ ذَكَرٌ ، ثُمَّ عَلَى أَنَّهُ أَنْثَى ، وَتَدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَارِثٍ أَقْلُ
النَّصِيبَيْنِ ، وَتَقِفُ الْبَاقَى حَتَّى يُلْعَ . فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ بُلُوغِهِ ، أَوْ بَلَغَ مُشْكِلًا ، فَلَمْ تَظْهَرْ
فِيهِ عِلَامَةٌ ، وَرِثَ نِصْفَ مِيرَاثِ ذَكَرٍ ، وَنِصْفَ مِيرَاثِ أَنْثَى . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهَذَا
قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ وَمَكَّةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَاللُّؤْلُؤِيُّ
١٢٩/٦ ظ / وَشَرِيكٌ ، وَالْحَسَنِ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبِي يُونُسَ ، وَبَحْيٍ بْنُ آدَمَ ، وَضِرَارُ بْنُ صُرْدٍ ،
وَنُعَيْمُ بْنُ حَمَادٍ .. وَوَرَّثَهُ أَبُو حَنِيفَةَ بِأَسْوَأِ حَالَاتِهِ ، وَأَعْطَى الْبَاقِيَ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ . وَأَعْطَاهُ
الشَّافِعِيُّ وَمَنْ مَعَهُ الْيَقِينُ ، وَوُقِفَ الْبَاقَى حَتَّى يَتَبَيَّنَ الْأَمْرُ ، أَوْ يَصْطَلِحُوا . وَبِهِ قَالَ أَبُو
ثَوْرٍ ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ جَرِيرٍ . وَوَرَّثَهُ بَعْضُ أَهْلِ الْبَصْرَةِ عَلَى الدَّعْوَى فِيمَا بَقِيَ بَعْدَ الْيَقِينِ ،
وَبَعْضُهُمْ بِالْدَّعْوَى مِنْ أَصْلِ الْمَالِ . وَفِيهِ أَقْوَالٌ شَاذَةٌ سِوَى هَذِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ،
وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُ فِي الصَّحَابَةِ مُنْكَرًا ، وَلَأنَّ حَالَتِيهِ تَسَاوَتْ ، فَوَجَبَتْ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ حُكْمَيْهِمَا ،
كَأَنَّهُمَا تَدَاخَى نَفْسَانِ دَارًا بِأَيْدِيهِمَا ، وَلَا بَيِّنَةٌ لِهَمَا . وَلَيْسَ تَوْرِيثُهُ بِأَسْوَأِ أَحْوَالِهِ بِأَوَّلَى مِنْ
تَوْرِيثِ مَنْ مَعَهُ بِذَلِكَ ، فَتَخْصِيصُهُ بِهَذَا تَحْكُمٌ لَا دَلِيلٌ عَلَيْهِ ، وَلَا سَبِيلٌ إِلَى الْوُقُوفِ ؛
لأنَّهُ لَا غَايَةَ لَهُ تَنْتَظَرُ ، وَفِيهِ تَضْيِيعُ الْمَالِ مَعَ يَقِينٍ اسْتِحْقَاقِهِمْ لَهُ .

فصل : واختلف مَنْ وَرَّثَهُ نِصْفَ مِيرَاثِ ذَكَرٍ وَنِصْفَ مِيرَاثِ أَنْثَى فِي كَيْفِيَّةِ

(٥) فِي م : « الرُّجَالِ » .

تَوْرِيْهِمْ ، فَذَهَبَ أَكْثَرُهُمْ إِلَى أَنْ يُجْعَلُوا مَرَّةً ذَكَوْرًا ، وَمَرَّةً إِنَاثًا ، وَتُعْمَلُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى هَذَا مَرَّةً ، وَعَلَى هَذَا مَرَّةً ، ثُمَّ تَضْرِبُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى إِنْ تَبَايَنَتَا ، أَوْ فِي وَفْقِهِمَا^(٦) إِنْ اتَّفَقَتَا ، وَتُجْتَزَى بِإِحْدَاهُمَا إِنْ تَمَاتَلَتَا ، أَوْ بِأَكْثَرِهِمَا إِنْ تَنَاسَبَتَا ، فَتَضْرِبُهُمَا فِي اثْنَيْنِ ، ثُمَّ تَجْمَعُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِنْ تَمَاتَلَتَا ، وَتَضْرِبُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْأُخْرَى إِنْ تَبَايَنَتَا ، أَوْ فِي وَفْقِهِمَا إِنْ اتَّفَقَتَا ، فَتَدْفَعُهُ إِلَيْهِ . وَيُسَمَّى هَذَا مَذْهَبَ الْمُنْزَلَيْنِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَصْحَابِنَا . وَذَهَبَ الثَّوْرِيُّ ، وَاللُّوْلُوِيُّ ، فِي الْوَلَدِ إِذَا كَانَ فِيهِمْ خُتْنَى ، إِلَى أَنْ يُجْعَلَ لِلْأُنْثَى سَهْمَيْنِ ، وَلِلْخُتْنَى ثَلَاثَةٌ ، وَلِلذَّكَرِ أَرْبَعَةٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّنَا نَجْعَلُ لِلْأُنْثَى أَقْلَ عَدَدِهِ لِهَذَا نِصْفُ ، وَهُوَ اثْنَانِ ، وَلِلذَّكَرِ ضِعْفُ ذَلِكَ أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْخُتْنَى نِصْفُهُمَا ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، فَيَكُونُ مَعَهُ نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ ، وَنِصْفُ مِيرَاثِ أَنْثَى . وَهَذَا قَوْلٌ لَا بَأْسَ بِهِ . وَهَذَا الْقَوْلُ يُوَافِقُ الَّذِي قَبْلَهُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ ، وَبِخَالْفِهِ فِي بَعْضِهَا ، وَبَيَانُ اخْتِلَافِهِمَا ، أَنَّنا لَوْ قَدَرْنَا ابْنًا وَبِنْتًا وَلَدَا خُتْنَى ، لَكَانَتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ مِنْ تِسْعَةٍ ، لِلْخُتْنَى الثَّلَاثُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَسْأَلَةُ الذَّكَوْرِيَّةِ مِنْ خَمْسَةٍ ، وَالْأُنْثَوِيَّةِ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، تَضْرِبُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى تَكُنْ عَشْرَيْنِ ، ثُمَّ فِي اثْنَيْنِ تَكُنْ أَرْبَعَيْنِ ، لِلْبِنْتِ سَهْمٌ فِي خَمْسَةٍ ، وَسَهْمٌ فِي أَرْبَعَةٍ ، يَكُنْ لَهَا تِسْعَةٌ ، وَلِلذَّكَرِ ثَمَانِيَّةٌ عَشْرٌ ، وَلِلْخُتْنَى سَهْمٌ فِي خَمْسَةٍ ، وَسَهْمَانِ فِي أَرْبَعَةٍ ، يَكُنْ لَهُ ثَلَاثَةٌ عَشْرٌ ، وَهِيَ دُونَ ثُلْثِ الْأَرْبَعَيْنِ . وَقَوْلُ مَنْ وَرَّثَهُ بِالْدَّعْوَى فِيمَا بَقِيَ بَعْدَ الْيَقِينِ يُوَافِقُ قَوْلَ الْمُنْزَلَيْنِ فِي أَكْثَرِ الْمَوَاضِعِ ، فَإِنَّهُ يَقُولُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ : لِلذَّكَرِ الْخُمُسَانِ بَيَقِينٍ ، وَهِيَ سِتَّةُ عَشَرَ مِنْ أَرْبَعَيْنِ ، وَهُوَ يَدْعِي النِّصْفَ^(٧) عَشْرَيْنِ ، وَلِلْبِنْتِ الْخُمُسُ بَيَقِينٍ ، وَهِيَ تَدْعِي الرُّبْعَ ، وَلِلْخُتْنَى الرُّبْعُ بَيَقِينٍ ، وَهُوَ يَدْعِي الْخَمْسَيْنِ ، سِتَّةَ عَشَرَ ، وَبِخَالْفِ فِيهِ سِتَّةُ أَسْهُمٍ يَدْعِيهَا الْخُتْنَى كُلُّهَا ، فَتُعْطِيهِ نِصْفُهَا ، ثَلَاثَةٌ ، مَعَ الْعَشْرَةِ الَّتِي مَعَهُ ، صَارَتْ لَهُ ثَلَاثَةٌ عَشْرٌ ، وَالابْنُ يَدْعِي أَرْبَعَةً ، فَتُعْطِيهِ نِصْفُهَا ، سَهْمَيْنِ ، صَارَ لَهُ ثَمَانِيَّةٌ عَشْرٌ ، وَبِالنِّسْبِ تَدْعِي سَهْمَيْنِ ، فَتَدْفَعُ إِلَيْهَا سَهْمًا ، صَارَ لَهَا تِسْعَةٌ . وَقَدْ وَرَّثَهُ قَوْمٌ بِالْدَّعْوَى مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، يَكُونُ الْمِيرَاثُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَعَشْرَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى هُنَا نِصْفُ ،

(٦) فِي م : « وَفْقَهَا » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، م زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

وَرُبْعٌ ، وَخُمُسَانٍ ، وَمَعْرُجُهَا عَشْرُونَ ، يُعْطَى الْإِبْنُ النِّصْفَ ، عَشْرَةً ، وَلِلْبَنَاتِ خَمْسَةٌ ، وَالْخُنْتَى ثَمَانِيَّةٌ ، تُكُنْ ثَلَاثَةً وَعَشْرِينَ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَسْأَلَةِ بَنَتٌ ، فَفِي قَوْلِ الثَّوْرِيِّ : هِيَ مِنْ سَبْعَةٍ . وَكَذَلِكَ قَوْلُ مَنْ وَرَّثَهُمَا بِالذَّعْوَى مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، وَفِي التَّنْزِيلِ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، لِلابْنِ سَبْعَةٌ ، وَلِلْخُنْتَى خَمْسَةٌ ، وَهُوَ قَوْلُ مَنْ وَرَّثَهُ بِالذَّعْوَى فِيمَا عَدَا الْيَقِينِ . وَإِنْ كَانَتْ بَنَتٌ وَوَلَدٌ خُنْتَى ، وَلَا عَصَبَةٌ مَعَهُمَا ، فَهِيَ مِنْ خَمْسَةٍ ، فِي قَوْلِ الثَّوْرِيِّ ، وَمِنْ اثْنَيْ عَشَرَ فِي التَّنْزِيلِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا عَصَبَةٌ ، فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ ؛ لِلْخُنْتَى ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْبَنَاتِ سَهْمَانِ ، وَلِلْعَصَبَةِ / سَهْمٌ . فِي الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا أُمٌّ ، وَعَصَبَةٌ ، فَهِيَ فِي التَّنْزِيلِ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، لِلأُمِّ سِتَّةٌ ، وَلِلْخُنْتَى سِتَّةَ عَشَرَ ، وَلِلْبَنَاتِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَلِلْعَصَبَةِ ثَلَاثَةٌ . وَقِيَاسُ قَوْلِ الثَّوْرِيِّ أَنْ يَكُونَ لِلْخُنْتَى وَالْبَنَاتِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ ، وَلِلأُمِّ السُّدُسُ ، وَيَقَى نِصْفُ السُّدُسِ لِلْعَصَبَةِ ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتِّينَ . وَإِنْ كَانَ وَلَدٌ خُنْتَى ، وَعَصَبَةٌ ، فَلِلْخُنْتَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ ، وَالباقى لِلْعَصَبَةِ ، إِلَّا فِي قَوْلِ مَنْ وَرَّثَهُمَا بِالذَّعْوَى مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، فَإِنَّهُ يَجْعَلُ الْمَالَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ؛ لِأَنَّ الْخُنْتَى تَدْعِي الْمَالَ كُلَّهُ ، وَالْعَصَبَةُ تَدْعِي نِصْفَهُ ، فَتُضَيَّفُ النِّصْفُ إِلَى الْكُلِّ ، فَيَكُونُ ثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ ، لِكُلِّ نِصْفٍ ثَلَاثٌ . بَنَتٌ ، وَوَلَدٌ ابْنُ خُنْتَى وَعَمٌّ ، هِيَ فِي التَّنْزِيلِ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَتَرْجِعُ بِالْإِخْتِصَارِ إِلَى سِتَّةٍ ؛ لِلْبَنَاتِ النِّصْفُ ، وَلِلْخُنْتَى الثُّلُثُ ، وَلِلْعَمِّ السُّدُسُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْخُنْتَى يَرِثُ فِي حَالٍ دُونَ حَالٍ ، كَزَوْجٍ وَأَخِيٍّ وَوَلَدٍ ابْنِ خُنْتَى ، فَمُقْتَضَى قَوْلِ الثَّوْرِيِّ ، أَنْ يُجْعَلَ لِلْخُنْتَى نِصْفُ مَا يَرِثُهُ فِي حَالِ إِرْثِهِ ، وَهُوَ نِصْفُ سَهْمٍ ، فَتَضُمُّهُ إِلَى سَهْمِ الْبَاقِينَ ، وَهِيَ سِتَّةٌ ، ثُمَّ تَبْسُطُهَا أَنْصَافًا ؛ لِيَزُولَ الْكَسْرُ ، فَتَصِيرَ ثَلَاثَةُ عَشَرَ ، لَهُ مِنْهَا سَهْمٌ ، وَالباقى بَيْنَ الزَّوْجِ وَالْأَخِيَّتِ نِصْفَيْنِ . وَقَدْ عَمِلَ أَبُو الْخَطَّابِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى هَذَا فِي كِتَابِ « الْهُدَايَةِ » . وَأَمَّا فِي التَّنْزِيلِ ، فَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ وَعَشْرِينَ ، لِلْخُنْتَى سَهْمَانِ ، وَهِيَ نِصْفُ سِتِّينَ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرِينَ ثَلَاثَةُ عَشَرَ . وَإِنْ كَانَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأَخْوَانٌ مِنْ أُمٍّ وَوَلَدٌ ابْنِ خُنْتَى ، فَلَهُ فِي حَالِ الْأَبَوِيَّةِ ثَلَاثَةٌ مِنْ تِسْعَةٍ ، فَاجْعَلْ لَهُ نِصْفَهَا مَضْمُومًا إِلَى سَهْمِ بَاقِي الْمَسْأَلَةِ ، ثُمَّ ابْسُطْهَا تُكُنْ خَمْسَةُ عَشَرَ ، لَهُ مِنْهَا

ثلاثة ، وهى الخمس . وفى التنزيل له ستة من ستة وثلاثين ، وهى السدس . وإن كانت بنتٌ وبنتُ ابنٍ وولدُ أخٍ خُتْنَى وَعَمٌّ ، فهى من ستة ؛ للبنتِ النصفُ ، ولبنْتِ الابنِ السدسُ ، وللخُتْنَى السدسُ ، وللعَمِّ ما بَقِيَ على القولَيْن جميعًا .

١٣١/٦ فصل : وإن خَلَفَ خُتْنَيَيْنِ / فصاعدًا ، نَزَلَتْهُم بعددِ أحوالهم فى أحدِ الوجهَيْن ، فَجَعَلَ لِلثَنَيْنِ أربعةَ أحوالٍ ، وللثلاثةِ ثمانيةً ، وللأربعةِ ستةَ عشرَ ، وللخمسَةِ اثْنَيْنِ وثلاثينَ حالًا ، ثم تَجَمَّعَ مآلُهُم فى الأحوالِ كُلِّها ، فتَقَسَّمُ على عددِ أحوالهم ، فما خَرَجَ بالقَسْمِ فهو لَهُم ، إن كانوا من جِهَةٍ واحدةٍ ، وإن كانوا من جِهاتٍ جَمَعَتْ ما لِكُلِّ واحدٍ منهم فى الأحوالِ ، وقَسَّمَتْهُ على عددِ الأحوالِ كُلِّها ، فالخارجُ بالقَسْمِ هو نصيبُهُ ، وهذا قولُ ابنِ أبى لَيْلَى ، وَضِرَارٍ ، وَيَحْيَى بنِ آدَمَ . وقولُ مُحَمَّدِ بنِ الحَسَنِ على قياسِ قولِ الشَّعْبِيِّ . والوجهُ الآخرُ ، أَنَّهُمْ يُنْزَلُونَ حَالَيْنِ ؛ مَرَّةً ذُكُورًا ، وَمَرَّةً إِنَاثًا ، كما تصنعُ فى الواحدِ . وهذا قولُ أبى يوسُفَ . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّهُ يُعْطَى كُلُّ واحدٍ بحَسَبِ ما فيه من الاحتمالِ ، فَيُعَدُّ بَيْنَهُم . وفى الوجهِ الآخرِ يُعْطَى بعضُ الاحتمالاتِ دونَ بعضٍ ، وهذا تَحَكُّمٌ لا دليلَ عليه . وبيانُ هذا فى وَلِدِ خُتْنَى وولدِ أخٍ خُتْنَى وَعَمٌّ ، إن كانا ذَكَرَيْنِ فالْمَالُ للوليدِ ، وإن كانا أُثْنَيْنِ فالْمَالُ للنَّصْفِ ، والباقي للعَمِّ ، فهى من أربعةٍ عند مَنْ نَزَلَتْهُم حَالَيْنِ ؛ للوليدِ ثلاثةَ أرباعِ المالِ ، وللعَمِّ رُبْعُهُ . وَمَنْ نَزَلَتْهُم أحوالًا ، زادَ حَالَيْنِ آخَرَيْنِ ، وهو أن يكونَ الولدُ وحدهُ ذَكَرًا ، وأن يكونَ وَلَدُ الأَخِ وحدهُ ذَكَرًا ، فتكونُ المسألةُ من ثمانيةٍ ؛ للوليدِ المالُ فى حَالَيْنِ ، والنَّصْفُ فى حَالَيْنِ ، فله رُبْعُ ذلكِ ، وهو ثلاثةَ أرباعِ المالِ ، ولوليدِ الأَخِ نصفُ المالِ فى حالٍ ، فله رُبْعُهُ ، وهو الثُّمْنُ ، وللعَمِّ مثلُ ذلكِ ، وهذا أَعْدَلُ . وَمَنْ قال بالدَّعْوَى فيما زادَ على اليَقِينِ ، قال : للأخِ النِّصْفُ يَقِينًا ، والنَّصْفُ الآخرُ يَتَدَاوَعُهُ ، فيكونُ بينهم أثلاثًا ، وتصيغُ من ستةٍ . وكذلك الحُكْمُ فى أخٍ خُتْنَى ووليدِ أخٍ ، وفى كُلِّ عَصَبَتَيْنِ يَحْجُبُ أَحَدُهُما الآخرَ ، ولا يرثُ المحجوبُ شيئًا إذا كان أُثْنَى . ولو خَلَفَ بَنَتًا ووليدًا خُتْنَى وولدَ ابنِ خُتْنَى وَعَصَبَةً ، فَمَنْ نَزَلَتْهُما حَالَيْنِ جعلَهُما من سِتَّةٍ ؛ للوليدِ الخُتْنَى ثلاثةً ، وللبنتِ سَهْمَانِ ، والباقي للعَمِّ . وَمَنْ نَزَلَتْهُما أربعةَ

١٣١/٦ ط أحوال ، جعلها / من اثني عشر ، وجعلَ لوليد الابن نصفَ السُّدسِ ، وللعَمِّ سُدُسَهُ ، وهذا أعدلُ الطريقَيْن ؛ لما في الطريقِ الآخرِ من إسقاطِ ولدِ الابنِ مع أنَّ احتمالَ توريثِهِ كاحتمالِ توريثِ العَمِّ . وهكذا تصنعُ في الثلاثة وما كان أكثرَ منها . ويكفي^(٨) هذا القُدْرُ من هذا الباب ، فإنه نادرٌ قلَّ ما يُحتاجُ إليه ، واجتماعُ خُنثيين وأكثرَ نادرُ النَّادرِ ، ولم يُسمعَ بوجُوده ، فلا حاجةَ إلى التَّطويلِ فيه .

فصل : وقد وجدنا في عصرنا شيئاً شبيهاً بهذا ، لم يذكره الفَرَضِيُّونَ ، ولم يسمِعُوا به ، فإنَّا وجدنا شخصين ليس لهما في قبيلهما مخرجٌ ، لا ذَكَرٌ ، ولا فَرْجٌ ، أمَّا أحدهما فذكروا أَنَّهُ ليس له في قبيلِهِ إِلَّا لَحْمَةٌ نَاتِئَةٌ كَالرَّبْوَةِ ، يَرشَحُ البَوْلُ منها رَشْحاً على الدَّوامِ ، وأرسلَ إلينا يسألنا عن حُكْمِهِ في الصَّلَاةِ ، والتَّحَرُّزِ مِنَ التَّجَاسَةِ في هذه السَّنَةِ ، وهي سَنَةُ عَشْرِ وَسِتِّمِائَةٍ . والثاني ، شخصٌ ليس له إِلَّا مَخْرَجٌ واحدٌ فيما بينَ المَخْرَجَيْنِ ، منه يَتَعَوَّطُ ، ومنه يَبُولُ . وسألتُ مَنْ أَخْبَرَني عنه عن زِيهِ ، فأخبرني أَنَّهُ إِنَّمَا يَلْبَسُ لِبَاسَ النِّسَاءِ ، وَيَخَالِطُهُنَّ ، وَيَغْزِلُ مَعَهُنَّ ، وَيَعُدُّ نَفْسَهُ امْرَأَةً . وحُدِّثْتُ أَنَّ في بعضِ بلادِ الْعَجَمِ شخصاً ليس له مَخْرَجٌ أصلاً ، لا قُبْلَ ، ولا دُبْرَ ، وَإِنَّمَا يَتَقَايَا ما يَأْكُلُهُ^(٩) وما يَشْرَبُهُ^(٩) ، فهذا وما أَشَبَّهُه في معنى الخُنْثَى ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعتباره بِمَبَالِهِ ، فإن لم يَكُنْ له علامَةٌ أُخْرَى فهو مُشْكِلٌ ، يَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ له حُكْمُ الخُنْثَى المُشْكِلِ في ميراثِهِ وأحكامِهِ كُلِّهَا . والله تعالى أعلم .

١٠٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَابْنُ الْمَلَاعِنَةِ ثَرْثُهُ أُمُّهُ وَعَصَبَتُهَا ، فَإِنْ حَلَفَ أُمًّا وَحَالًا فَلِأُمِّهِ الثَّلَثُ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْحَالِ)

وجملته ، أَنَّ الرجلَ إِذَا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ ، وَنَفَى وَلَدَهَا ، وَفَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ؛ انْتَفَى

(٨) في م زيادة : « في » .

(٩-٩) في ١ : « ويشربه » .

ولدها عنه ، وانقطع نكصيه من جهة الملائع ، فلم يرثه هو ولا أحد من عصبائه ، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم ، وينقطع التوارث / بين الزوجين ، لا تعلم بين أهل العلم في هذه الجملة خلافاً . وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ، ورثه الآخرون في قول الجمهور . وقال الشافعي ، رضي الله عنه : إذا أكمل^(١) الزوج لعانه لم يتوارثا . وقال مالك : إن مات الزوج بعد لعانه ، فإن لاعت المرأة لم ترث ، ولم تحدد ، وإن لم تلأعن ، ورثت ، وحديث . وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ، ورثها في قول جميعهم ، إلا الشافعي رضي الله عنه . وإن تم اللعان بينهما ، فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يتوارثان ، وهو قول مالك ، وزفر ، وروى نحو ذلك عن الزهري ، وربيعة ، والأوزاعي ، وداود ؛ لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد ، فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما^(٢) ، كالرضاع . والرواية الثانية ، يتوارثان ما لم يُفريق الحاكم بينهما . وهو قول أبي حنيفة ، وصاحبه ؛ لأن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفريقه . وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان ، لم تقع الفرقة ، ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور . وقال أبو حنيفة وصاحبه : إن فرق بينهما بعد أن تلأعن ثلاثاً ، وقعت الفرقة ، وانقطع التوارث ؛ لأنه وجد منهما معظم اللعان ، وإن فرق بينهما قبل ذلك ، لم تقع الفرقة ، ولم ينقطع التوارث . ولنا ، أنه تفريق قبل تمام اللعان ، فأشبه التفريق قبل الثلاث . وهذا الخلاف^(٣) في توارث الزوجين . فأما الولد ، فالصحيح أنه ينتفي عن الملائع إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم ؛ لأن انتفاءه بنفيه ، لا بقول الحاكم : فرقتهما ، فإن لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملائع ، ولم ينقطع التوارث بينهما . وقال أبو بكر : ينتفي بزوال الفراش ، وإن لم يذكره ؛ لأن النبي ﷺ نفى الولد عن الملائع ،

(١) في م : « كمل » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « خلاف » .

وَالْحَقُّ بِأُمِّهِ^(٤) ، ولم يذكره الرَّجُلُ في لعانه . ويَحَقُّ ذلك أن الولد كان حَمَلًا في البَطْنِ ،
 ١٣٢/٦ ظ فقال / النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْظِرُوهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَحْيَمَرٌ ، كَأَنَّهُ وَحَرَةٌ ، حَمَشَ
 السَّاقَيْنِ ، فَلَا أَرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ^(٥) بِهِ جَعْدًا ، جَمَالِيًا ، خَدَلَجَ
 السَّاقَيْنِ ، سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَ بِهِ^(٦) » على النَّعْتِ المَكْرُوهِ . إِذَا ثَبَّتَ
 هذا ، عُدْنَا إِلَى مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ ، فنَقُولُ : اِخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي مِيرَاثِ الْوَلَدِ الْمَنْفِيِّ
 بِاللَّعَانِ ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ عَصَبَتَهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ . نَقَلَهَا الْأَثَرُ ،
 وَحَنْبَلٌ . يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عَمَرَ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ
 سِيرِينَ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْعِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ،
 وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، إِلَّا أَنَّ عَلِيًّا يَجْعَلُ ذَا السَّهْمِ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ أَحَقَّ مِمَّنْ لَا
 سَهْمَ لَهُ ، وَقَدَّمَ الرَّدَّ عَلَى غَيْرِهِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّ أُمَّهُ عَصَبَتُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَعَصَبَتُهَا
 عَصَبَتُهُ . نَقَلَهَا^(٧) أَبُو الْحَارِثِ ، رَمَهْنَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ عَلِيٍّ ،
 وَمَكْحُولٍ ، وَالشَّعْبِيِّ^(٨) ؛ لِمَا رَوَى عَنْ^(٩) عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ
 النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ مِيرَاثَ ابْنِ الْمَلَاعِنَةِ لِأُمِّهِ وَلَوْ رَثَتْهَا مِنْ بَعْدِهَا^(١٠) . وَرَوَاهُ أَيْضًا مَكْحُولٌ ،

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ يَلْحَقُ الْوَلَدُ بِالْمَلَاعِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ اللَّعَانِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢ / ٥٢٥ . وَمُسْلِمٌ ،
 فِي : كِتَابِ اللَّعَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢ / ١١٣٣ .

وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٥٢٥ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي
 اللَّعَانِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ١٨٩ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ نَفْيِ الْوَلَدِ بِاللَّعَانِ ... ، مِنْ كِتَابِ
 الطَّلَاقِ . الْمَجْتَبَى ٦ / ١٤٦ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ١ / ٦٦٩ .
 وَإِسْمَاعِيلُ بْنُ أَحْمَدَ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٣٨ .

(٥) فِي ١ : « أَتَتْ » .

(٦) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٨ / ٣٧٢ . وَقَوْلُهُ : « عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ » أَيْ : فِجَاعَتِهِ بِهِ .

(٧) فِي م : « نَقَلَهُ » .

(٨) فِي م : « وَالشَّافِعِيُّ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٠) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ ابْنِ الْمَلَاعِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ١١٢ ، ١١٣ .

عن النَّبِيِّ ﷺ مُرْسَلًا^(١١) . وَرَوَى وَائِلَةُ بْنُ الْأَسْقَعِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، قال : « تَحْوزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛ عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَا عُنْتُ عَلَيْهِ »^(١٢) . وعن عبيد الله^(١٣) بن عُبيد بن عُمَيْرٍ ، وقال : كَتَبْتُ إِلَى صَدِيقٍ لِي مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مِنْ بَنِي زُرَيْقٍ أَسْأَلُهُ عَنْ وَلَدِ الْمَلَاعِنَةِ ، لِمَنْ قَضَى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَكَتَبَ إِلَيَّ ؛ إِنِّي سَأَلْتُ فَأُخْبِرْتُ أَنَّهُ قَضَى بِهِ لِأُمِّهِ ، هِيَ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٤) . وَلَأَنَّهُ قَامَتْ مَقَامَ أُمِّهِ وَأَبِيهِ فِي انْتِسَابِهِ إِلَيْهَا ، فَقَامَتْ مَقَامَهُمَا فِي حِيَارَةِ مِيرَاثِهِ ، وَلَأَنَّ عَصَبَاتِ الْأُمِّ أَذْلَوْنَهَا ، فَلَمْ يَرِثُوا مَعَهَا ، كَأَقَارِبِ الْأَبِ مَعَهُ . وَكَانَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يُورِثُ مِنْ ابْنِ الْمَلَاعِنَةِ ، كَمَا يُورِثُ مِنْ غَيْرِ ابْنِ الْمَلَاعِنَةِ ، وَلَا يَجْعَلُهَا عَصَبَةً ابْنِهَا ، وَلَا عَصَبَتُهَا عَصَبَتَهُ . فَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ مَوْلَاةً لِقَوْمٍ جَعَلَ الْبَاقَى مِنْ مِيرَاثِهَا لِمَوْلَاها ، فَإِنْ لَمْ تُكُنْ مَوْلَاةً جَعَلَهُ / لِبَيْتِ الْمَالِ . وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ نَحْوَهُ ، وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعُروَةُ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ يُسَارٍ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَرَبِيعَةُ ، وَأَبُو الزُّنَادِ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَهْلَ الْبَصْرَةِ جَعَلُوا الرَّدَّ ، وَذَوَى الْأَرْحَامِ ، أَحَقَّ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ إِنَّمَا ثَبَتَ بِالنَّصِّ ، وَلَا نَصٌّ فِي تَوْرِيثِ الْأُمِّ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَلَا فِي تَوْرِيثِ^(١٥) الْأُمِّ أَكْثَرَ مِنَ السُّدُسِ ، وَلَا فِي تَوْرِيثِ ابْنِ الْأُمِّ وَأَشْبَاهِهِ مِنْ عَصَبَاتِ الْأُمِّ ، وَلَا قِيَاسَ أَيْضًا ، فَلَا وَجْهَ لِإِثْبَاتِهِ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَقُّوْا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوَّلَى رَجُلٍ ذَكَرَ »^(١٦) . وَأَوَّلَى

١٣٣/٦ و

(١١) أخرجه الدارمي ، في : باب ميراث ابن الملاعة ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٦٤ .

(١٢) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١٣) في م : « عبيد الله » .

(١٤) تقدم تخريج الأحاديث السابقة ، والحديث الأخير أخرجه البيهقي ، في : باب ميراث ولد الملاعة ، من كتاب

الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٥٩ . وقال : رواه أبو داود في المراسيل ، عن عبد الله عن رجل من أهل الشام أن النبي ﷺ قال : « ولد الملاعة عصبته عصبته أمه » .

(١٥) (١٥-١٥) في م : « الأخ من الأم » .

(١٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠ .

الرَّجَالِ^(١٧) بِهِ أَقَارِبُ أُمِّهِ . وعن عمر ، رضى الله عنه ، أَنَّهُ أَلْحَقَ وَلَدَ الْمَلَاعِنَةِ بِعَصْبَةِ أُمِّهِ . وعن عَلِيٍّ رضى الله عنه ، أَنَّهُ لَمَّا رَجَمَ الْمَرْأَةَ ، دَعَا أَوْلِيَاءَهَا ، فَقَالَ : هَذَا ابْنُكُمْ تَرِثُونَهُ وَلَا يَرِثُكُمْ ، وَإِنْ جَنَى جَنَائِيَّ فَعَلَيْكُمْ . حَكَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ عَنْهُ . وَلَأنَّ الْأُمَّ لَوْ كَانَتْ عَصَبَةً كَأَبِيهِ لَحَجَبَتْ إِخْوَتَهُ . وَلَأنَّ مَوْلَاهَا مَوْلَى أَوْلَادِهَا ، فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ عَصَبَتُهَا عَصَبَتُهُ ، كَالْأَبِ . فَإِذَا خَلَفَ ابْنُ الْمَلَاعِنَةِ أُمًّا ، وَخَالًا ، فَلَأُمِّهِ الثُّلُثُ بِلَا خِلَافٍ ، وَالباقى لِخَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْآخَرَى ، هُوَ لَهَا كُلُّهُ . وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَمُؤَافِقِيهِ ، إِلَّا أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ يُعْطِيهَا إِيَّاهُ ؛ لَكُونِهَا عَصَبَةً ؛ وَالباقى بِالرَّدِّ ، وَعِنْدَ زَيْدٍ ، الْبَاقى لِبَيْتِ الْمَالِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهَا مَوْلَى أُمٍّ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ عِنْدَنَا . وَقَالَ زَيْدٌ ، وَمَنْ وَافَقَهُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : الْبَاقى لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَأُمِّهِ عَصَبَةٌ إِلَّا مَوْلَاهَا ، فَالْبَاقى لَهُ عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي اخْتَارَهَا الْخِرَقِيُّ ، وَعَلَى الْآخَرَى ، هُوَ لِلْأُمِّ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةُ ابْنِهَا . فَإِنْ لَمْ يَخْلَفْ إِلَّا أُمُّهُ ، فَلَهَا الثُّلُثُ بِالْفَرَضِ ، وَالباقى بِالرَّدِّ ، وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ وَسَائِرٍ مِنْ يَرَى الرَّدَّ . وَفِي الرَّوَايَةِ الْآخَرَى ، لَهَا الْبَاقى بِالتَّعْصِيبِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الْأُمِّ عَصَبَةٌ لَهَا ، فَهَلْ يَكُونُ الْبَاقى لَهَا أَوْ لَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ كَانَ لَهَا عَصَبَاتٌ ، فَهُوَ لِأَقْرَبِهِمْ مِنْهَا عَلَى رِوَايَةِ الْخِرَقِيِّ ، فَإِذَا كَانَ مَعَهَا أَبُوهَا ، وَأَخُوهَا ، فَهُوَ لِأَبِيهَا ، وَإِنْ كَانَ مَكَانَ أَبِيهَا جَدُّهَا فَهُوَ بَيْنَ أَخِيهَا وَجَدُّهَا نِصْفَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا ابْنُهَا ، وَهُوَ أَخُوهُ لِأُمِّهِ ، فَلَا شَيْءَ لِأَخِيهَا ، وَيَكُونُ لِأُمِّهِ الثُّلُثُ ، وَلَأَخِيهِ السُّدُسُ ، وَالبَاقى لِأَخِيهِ ، أَوْ ابْنِ أَخِيهِ . وَإِنْ خَلَفَ أُمُّهُ ، وَأَخَاهُ ، وَأُخْتَهُ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ السُّدُسُ ، وَالبَاقى لِأَخِيهِ ، دُونَ أُخْتِهِ . وَإِنْ خَلَفَ ابْنُ أُخْتِهِ^(١٨) ، وَبَنَتُ أُخْتَهُ^(١٩) ، أَوْ خَالَه وَخَالَتَهُ ، فَالْبَاقى لِلذَّكَرِ . وَإِنْ خَلَفَ أُخْتَهُ وَابْنُ أُخْتِهِ ، فَلَأُخْتِهِ السُّدُسُ ، وَالبَاقى لِابْنِ أُخْتِهِ ، وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْآخَرَى ، الْبَاقى لِلْأُمِّ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ .

(١٧) فِي م : « الرَّجُل » .

(١٨) فِي أ : « أَخِيهِ » .

(١٩) فِي الْأَصْل : « أَخِيهِ » .

فصل : ابن مُلاعِنَة مات ، وَتَرَكَ بِنْتًا وَبَنَتَ ابْنٍ وَمَوْلَى أُمِّهِ ، الْبَاقِي لِمَوْلَى الْأُمِّ فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وقال ابنُ مَسْعُودٍ : الرَّدُّ أَوَّلَى مِنَ الْمَوْلَى ؛ فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أُمُّ فَلَهَا السُّدُسُ ، وَفِي الْبَاقِي رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا : لِلْمَوْلَى ، وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَالثَّانِيَةِ : لِلْأُمِّ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ مَوْلَى ، فَالْبَاقِي مَرْدُودٌ عَلَيْهِمْ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى ^(٢٠) ، لِلْأُمِّ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أَخٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ بِالْفَرَضِ ، وَلَهُ الْبَاقِي فِي رَوَايَةٍ ، وَالْأُخْرَى هُوَ لِلْأُمِّ . بِنْتُ وَأَخٌ ، أَوْ ابْنُ أَخٍ أَوْ خَالَ ، أَوْ أَبُو أُمِّ ، أَوْ غَيْرُهُمْ مِنَ الْعَصَبَاتِ ؛ لِلْبِنْتِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِي لِلْعَصْبَةِ فِي قَوْلِ الْعَبَادِلَةِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهَا أَخٌ وَأُخْتُ ، أَوْ ابْنُ أَخٍ وَأُخْتُهُ ، أَوْ خَالَ ، أَوْ خَالَتُهُ ، فَالْبَاقِي لِلذَّكَرِ وَخَدَهُ فِي قَوْلِهِمْ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ : الْمَالُ لِلْبِنْتِ بِالْفَرَضِ وَالرَّدِّ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ جَعَلَ ذَا السَّهْمِ أَحَقَّ مِمَّنْ لَا سَهْمَ لَهُ ، وَأَنَّهُ وَرَثَ مِنْ ابْنِ الْمُلَاعِنَةِ ذَوِي أَرْحَامِهِ ، كَمَا ^(٢١) يَرْتُونَ مِنْ غَيْرِهِ . قَالَ ابْنُ اللَّبَّانِ : وَلَيْسَ هَذَا مَحْفُوظًا عَنْ عَلِيٍّ ، إِنَّمَا الْمَشْهُورُ عَنْهُ قَوْلُهُ لِأَوْلِيَاءِ الْمَرْجُومَةِ عَنْ ابْنَيْهَا : هَذَا ابْنُكُمْ ، تَرْتُونَهُ ، وَلَا يَرِثُكُمْ ، وَإِنْ جَنَى جَنَايَةً فَعَلَيْكُمْ . وَفَسَّرَ الْقَاضِي قَوْلَ أَحْمَدَ : إِنْ لَمْ تَكُنْ أُمُّ فَعَصَبَتُهَا عَصَبَتُهُ . بِتَقْدِيمِ الرَّدِّ عَلَى عَصَبَةِ الْأُمِّ ، كَقَوْلِهِ فِي أُخْتِ وَابْنِ أَخٍ : الْمَالُ كُلُّهُ لِلْأُخْتِ . وَهَذَا تَفْسِيرٌ لِلْكَلَامِ بَضِيدٌ مَا يَقْتَضِيهِ ^(٢٢) ، وَحَمْلُ اللَّفْظِ عَلَى خِلَافِ ظَاهِرِهِ ، وَإِنَّمَا هَذِهِ الرَوَايَةُ ، كَمَذْهَبِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَرَوَايَةُ الشَّعْبِيِّ عَنْ عَلِيٍّ ، وَعَبِدِ اللَّهِ أَنَّهُمَا قَالَا : عَصَبَةُ ابْنِ الْمُلَاعِنَةِ أُمُّهُ ، تَرِثُ مَالَهُ أَجْمَعُ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمُّ ، فَعَصَبَتُهَا عَصَبَتُهُ . امْرَأَةٌ ، وَجَدَّةٌ ، وَأُخْتَانِ وَابْنُ أَخٍ ، لِلْمَرْأَةِ الرَّبْعُ ، وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ ، وَلِلْأُخْتَيْنِ الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي لِابْنِ الْأَخِ ، فِي الرَّوَايَتَيْنِ جَمِيعًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْبَاقِي يُرَدُّ عَلَى الْأُخْتَيْنِ وَالْجَدَّةِ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الرَوَايَةِ الثَّانِيَةِ . أَبُو أُمِّ ، وَبِنْتُ وَابْنُ أَخٍ وَبِنْتُ أَخٍ . الْبَاقِي لِابْنِ الْأَخِ وَخَدَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِأُمِّ ^(٢٣) الْأُمِّ

(٢٠) فِي مِ نَبَادَةٍ : هُوَ .

(٢١) فِي مِ نَبَادَةٍ : لَا .

(٢٢) فِي مِ : يَقْضِيهِ .

(٢٣) فِي مِ : لَأَبٍ .

سُدُسُ باقى المالِ ، وَخَمْسَةُ أُسْدَاسِهِ لابْنِ الأَخ . وقال أبو حنيفة : المالُ بَيْنَ أُمِّ الأُمِّ والْبَنَتِ ، على أَرْبَعَةٍ ، بِالْفَرَضِ وَالرَّدِّ .

فصل : فَإِنْ لم يَتْرُكْ ابْنُ المُلَاعِنَةِ ذَا سَهْمٍ ، فالمالُ لِعَصْبَةِ أُمِّهِ فى قول الجماعة . وقد رَوَى ذلك عَنْ عَلِيٍّ . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : هو بَيْنَ ذَوَى الأَرْحَامِ ، كَمِيرَاثِ غَيْرِهِ ، وَرَوَّهَ عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلامُ . وذلك مثلُ خالٍ وخالَةٍ ، وابنِ أُمِّهِ وأُخْتِهِ . المالُ لِلذَّكَرِ ، وفى قول أبى حنيفة ، هو بينهما فى المسأَلَتَيْنِ نِصْفَيْنِ . خالَةٌ لأبٍ وأُمٌّ وخالٌ لأبٍ ، المالُ للخالِ . وقال أبو حنيفة : هو للخالَةِ . خالَةٌ وبنْتُ بنْتٍ ، المالُ بينهما على أَرْبَعَةٍ . وإذا لم يُخَلَّفْ ابْنُ المُلَاعِنَةِ إِلَّا ذَا رَجَمٍ فَحُكْمُهُمْ فى ميراثِهِ ، كَحُكْمِهِمْ فى مِيرَاثِ غَيْرِهِ ، على ما تقدَّم شَرَّحَهُ .

فصل : وإذا قُسِّمَ ميراثُ المُلَاعِنَةِ ، ثم أَكْذَبَ المُلَاعِنُ نَفْسَهُ ، لِحَقِّهِ الولدُ ، وَنُقِضَتِ القِسْمَةُ . وقال أبو حنيفة : لا يَلْحَقَهُ ^(٢٤) التَّسَبُّ بعدَ موْتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَا ط ١٣٤/٦ تَوَّامَيْنِ ، ماتَ أحدهما ، وأكْذَبَ نَفْسَهُ ، والآخَرُ باقٍ ، / فَيَلْحَقَهُ نَسَبُ الباقي والمَيِّتِ معًا ، وقد مضى الكلامُ مَعَهُ فى غيرِ هذا المَوْضِعِ .

فصل : ولو كان المَنْفِيُّ باللَّعَانِ تَوَّامَيْنِ ، ولهما أَخٌ ^(٢٥) آخَرُ من الزَّوْجِ لم يَنْفِهِ ، فماتَ أَحَدُ التَّوَّامَيْنِ ، فميراثُ تَوَّامِهِ مِنْهُ كَمِيرَاثِ الآخَرِ ، فى قول الجماعة . وقال مالكٌ : يرثُهُ تَوَّامُهُ ميراثَ أَخٍ ^(٢٥) لأَبَوَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَخُوهُ لأَبَوَيْهِ ، - بدليلِ أَنَّ الزَّوْجَ لو أَقْرَأَ بِأَحَدِهِما لِحَقَّهُ الآخَرُ . وهذا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . ولنا ، أَنَّهُما تَوَّامَانِ ، لم يَثْبُتْ لهما أَبٌ يَنْتَسِبَانِ إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَا تَوَّامَى الزَّانِيَةِ ، ولا خِلَافَ

(٢٤) فى م : « يلحق » .

(٢٥) فى م : « ابن » .

فِي تَوَامِي الزَّانِيَةِ ، وَفَارَقَ هَذَا مَا إِذَا اسْتَلْحَقَّ أَحَدُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِاسْتِلْحَاقِهِ أَنَّهُ
أَبُوهَا (٢٦) .

فصل : قولهم : إِنَّ الْأُمَّ عَصَبَةٌ وَلِدْهَا ، وَإِنْ عَصَبَتَهَا عَصَبَتْهُ . إِنَّمَا هُوَ فِي الْمِيرَاثِ
خَاصَّةٌ ، كَقَوْلِنَا فِي الْأُخُوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ ، فَعَلِيَ هَذَا لَا يَعْقِلُونَ عَنْهُ ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُمْ وَلَايَةُ
التَّزْوِيجِ ، وَلَا غَيْرُهُ . وَهَذَا قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَرُويَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ لِأَوْلِيَاءِ
الْمَرْجُومَةِ فِي وَلِدْهَا : هَذَا ابْنُكُمْ يَرِثُكُمْ وَلَا تَرِثُوهُ ، وَإِنْ جَنَى فَعَلَيْكُمْ . وَرُويَ هَذَا عَنْ
عَبْدِ اللَّهِ ، وَإِبْرَاهِيمَ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ إِنَّمَا يَنْتَسِبُونَ إِلَيْهِ بِقَرَابَةِ الْأُمِّ ، فَلَمْ يَعْقِلُوا عَنْهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ
عَنْهُمْ وَلَايَةُ التَّزْوِيجِ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ أَبُوهُ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنَ التَّعْصِيبِ فِي الْمِيرَاثِ التَّعْصِيبُ فِي الْعَقْلِ
وَالْتَّزْوِيجِ ، بِدَلِيلِ الْأُخُوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ . فَأَمَّا إِنْ أُعْتِقَ ابْنُ الْمُلَاعِنَةِ عَبْدًا ، ثُمَّ (٢٧) مَاتَ ،
ثُمَّ (٢٧) مَاتَ الْمَوْلَى ، وَخَلَّفَ أُمُّ مَوْلَاهُ ، وَأَخَا مَوْلَاهُ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَثْبُتَ لَهَا الْإِزْتُ
بِالْوَلَايَةِ ؛ لِأَنَّ التَّعْصِيبَ ثَابِتٌ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي يَوْسَفَ . وَهَلْ يَكُونُ لِلْأُمِّ أَوْ لِلْأَخِ ؟
عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ لَهَا مِيرَاثٌ ؛ لِأَنَّ النِّسَاءَ لَا يَرِثْنَ مِنَ الْوَلَايَةِ ، إِلَّا مَا (٢٨)
أُعْتَقْنَ ، أَوْ أُعْتِقَ مَنْ أُعْتَقْنَ ، فَكَذَلِكَ مَنْ يُذَلِّي بِهِنَّ ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ لِلْإِخْوَةِ الْأَوَّلِ يَبْطُلُ
بِالْأُخُوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ ، وَبِمَنْ عَصَبَهُنَّ أَخُوهُنَّ مِنَ الْإِنَاثِ .

فصل : فِي مِيرَاثِ ابْنِ ابْنِ الْمُلَاعِنَةِ إِذَا خَلَّفَ أُمُّهُ وَأُمُّ أَبِيهِ ، وَهِيَ الْمُلَاعِنَةُ ، فَلَا تُمِيرُ
الثَّلَاثُ ، وَالْبَاقِي لَهَا بِالرَّدِّ . وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ . / وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ؛ الْبَاقِي لِلْأُمِّ أَبِيهِ ؛
لَأَنَّهَا عَصَبَةُ أَبِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَيُعَايى بِهَا فَيُقَالُ : جَدَّةٌ وَرَثَتْ مَعَ أُمِّ أَكْبَرَ
مِنْهَا . وَإِنْ خَلَّفَ جَدَّتَيْهِ ، فَلِأَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمَا بِالْفَرَضِ وَالرَّدِّ ، عَلَى قَوْلِ عَلِيٍّ . وَفِي قَوْلِ ابْنِ
مَسْعُودٍ ، السُّدُسُ بَيْنَهُمَا فَرْضًا ، وَبَاقِي الْمَالِ لِلْأُمِّ أَبِيهِ . أُمُّ أُمِّ وَخَالَ أَبٍ لِلْأُمِّ ؛ لِلْأُمِّ

(٢٦) فِي ١ : « أَبُوه » .

(٢٧-٢٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٨) فِي م : « مِنْ » .

السُّدُسُ . وفي الباقي قولان ؛ أحدهما ، أنه لها بالردِّ . والثاني ، لخال الأب ، وفي قول علي ، الكلُّ للجدَّة . خالٌ وعمٌّ وخالٌ أبٌ وأبو أمٍّ أب ، المالُ للعمِّ ؛ لأنه ابنُ (٢٩) المُلَاعِنَةِ ، فإن لم يكن عمٌّ فلأبي أمِّ الأب ؛ لأنه أبوها ، فإن لم يكن فلخال الأب ، فإن لم يكن فلخال ؛ لأنه ذو رَحِمِهِ . بنتٌ وعمٌّ ، للبنتِ النِّصْفُ ، والباقي للعمِّ . وفي قول علي : الكلُّ للبنتِ ؛ لأنه يُقدِّمُ الرَّدَّ على توريثِ عَصْبَةِ أمِّه . بنتٌ وأمٌّ وخالٌ ، المالُ بينَ البنتِ والأمِّ على أربعة ، بالفرضِ والردِّ ، ولا شيءٌ للخال ؛ لأنه ليس بعَصْبَةِ المُلَاعِنَةِ ، ولو كان بدَّلَ الخالِ خالَ أبٍ ، كان الباقي له ؛ لأنه عَصْبَةُ المُلَاعِنَةِ . فأما ابنُ ابنِ المُلَاعِنَةِ ، فإذا خَلَفَ عمُّه وعمُّ أبيه ، فالmaalُ لعمِّه ؛ لأنه عَصْبَتُهُ ، وهذا ينبغي أن يكون إجماعاً . وقد قال بعضُ النَّاسِ : يَحْتَمِلُ أن يكونَ عمُّ الأبِ أولى ؛ لأنه ابنُ المُلَاعِنَةِ . وهذا غلطٌ بَيِّنٌ ؛ لأنَّ العَصَبَاتِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ أَقْرَبُهُمْ مِنَ المَيِّتِ ، لا مِنْ آبَائِهِ . وإن خَلَفَ ثلاثُ جَدَّاتٍ مُتَحَادِيَاتٍ ، فالسُّدُسُ بينهنَّ ، والباقي رَدٌّ عليهنَّ ، في إحدَى الروايتين ، وهو قولُ عليٍّ . وفي الثانية لأمٍّ أبي أبيه . وهو قولُ ابنِ مَسْعُودٍ ، وإن خَلَفَ أمُّه ، وجَدَّتُهُ ، وجَدَّةَ أبيه ، فلأمُّه التُّلُثُ ، ولا شيءٌ لجدَّتِهِ ، وفي الباقي روايتان ؛ إحداهما ، يُردُّ على الأمِّ . والثانية ؛ لجدَّةِ أبيه . وإن خَلَفَ خاله وخالَ أبيه وخالَ جدِّه ، فالmaalُ لخالٍ جدِّه ، فإن لم يكن فلخاله ، ولا شيءٌ لخالِ أبيه . فأما وَلَدُ بِنْتِ المُلَاعِنَةِ ، فليست المُلَاعِنَةُ عَصْبَةً لهم في قولِ الجميع ؛ لأنَّ لهم نَسَباً معروفاً مِنْ جِهَةِ أبيهم ، وهو زوجُ بِنْتِ المُلَاعِنَةِ . ولو اُعْتَقَتْ بِنْتُ / المُلَاعِنَةِ عَبْدًا ثُمَّ ماتَتْ ، ثُمَّ ماتَ المَوْلَى ، وخَلَفَ أمُّ مَوْلَاتِهِ ، وَرِثَتْ مالَ المَوْلَى ؛ لأنها عَصْبَةُ لبنتِها ، والبنتُ عَصْبَةُ لمولاهَا في أحدِ الوجهين ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُمَا في ابنِ المُلَاعِنَةِ .

فصل : والحُكْمُ في ميراثِ وَلَدِ الزَّوْجِي في جميع ما ذكرنا ، كالحُكْمِ في وَلَدِ المُلَاعِنَةِ ، على ما ذكرنا من الأقوال ، والاختلاف ، إِلَّا أنَّ الحَسَنَ بنَ صالحٍ قال : عَصْبَةُ وَلَدِ الزَّوْجِي سائرُ المسلمين ؛ لأنَّ أمَّهُ ليستَ فِرَاشًا ، بخلافِ وَلَدِ المُلَاعِنَةِ . والجمهورُ على التَّسْوِيَةِ بينهما ؛ لا تَقْطَعُ نَسَبُ كُلِّ واحدٍ منهما من أبيه ، إِلَّا أنَّ وَلَدَ

(٢٩) في م : « أبو » .

الْمُلَاعِنَةِ يَلْحَقُ الْمُلَاعِنَ إِذَا اسْتَلْحَقَهُ ، وَلِدُ الزَّئِي لَا يَلْحَقُ الرَّائِي فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ
 وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ : يَلْحَقُ الْوَاطِي^(٣٠) إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحُدُّ وَهَرِثَهُ . وَقَالَ
 إِبْرَاهِيمُ : يَلْحَقُهُ إِذَا جُلِدَ الْحَدُّ ، أَوْ مَلَكَ الْمَوْطُوءَةَ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : يَلْحَقُهُ . وَذُكِرَ عَنْ
 عُرْوَةَ ، وَسَلِيمَانَ بْنِ يَسَارٍ نَحْوَهُ . وَرَوَى عَلِيُّ بْنُ عَاصِمٍ ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا
 أَرَى بَأْسًا إِذَا زَنَى الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ فَحَمَلَتْ مِنْهُ ، أَنْ يَتَزَوَّجَهَا مَعَ حَمْلِهَا ، وَيَسْتُرَ عَلَيْهَا ،
 وَالْوَلَدُ وَلَدُهَا . وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ رَجُلٍ ، فَأَدَّعَاهُ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ ،
 وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيهَا^(٣١) إِذَا وُلِدَ عَلَى غَيْرِ فِرَاشٍ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْوَلَدُ
 لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ »^(٣٢) . وَلَئِنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ إِذَا لَمْ يَسْتَلْحِقْهُ ، فَلَمْ يَلْحَقْ بِهِ
 بِحَالٍ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ أُمُّهُ فِرَاشًا ، أَوْ كَمَا لَوْ لَمْ يُجْلِدِ الْحَدُّ عِنْدَ مَنْ اعْتَبَرَهُ .

١٠٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْعَبْدُ لَا يَرِثُ ، وَلَا مَالٌ لَهُ ، فَيُورَثُ عَنْهُ)

لَا أَعْلَمُ^(١) خِلَافًا فِي أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَرِثُ ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، فِي رَجُلٍ مَاتَ
 وَتَرَكَ أَبًا مَمْلُوكًا ، يُشْتَرَى مِنْ مَالِهِ ، ثُمَّ يُعْتَقُ ،^(٢) ثُمَّ يَرِثُ^(٣) . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَحُكِيَ عَنْ
 طَاوُسٍ ، أَنَّ الْعَبْدَ يَرِثُ ، وَيَكُونُ مَا وَرِثَهُ لِسَيِّدِهِ ، كَكَسْبِهِ ، وَكَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ ، وَلَئِنَّهُ تَصَحُّ
 الْوَصِيَّةُ لَهُ ، فَيَرِثُ كَالْحَمَلِ^(٤) . وَلَنَا ، أَنَّ فِيهِ نَقْصًا مَنَعَ كَوْنَهُ مَوْرُوثًا ، فَمَنَعَ كَوْنَهُ وَارِثًا ،
 كَالْمُرْتَدِّ ، وَيَفَارِقُ الْوَصِيَّةَ / فَإِنَّهَا تَصَحُّ لِمَوْلَاهُ وَلَا مِيرَاثَ لَهُ ، وَقِيَاسُهُمْ يَنْتَقِضُ بِمُخْتَلَفِي
 الدِّينِ . وَقَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ رَقِيقٌ حِينَ مَوْتِ ابْنِهِ ، فَلَمْ يَرِثْهُ ، كَسَائِرِ
 الْأَقَارِبِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ صَارَ لِأَهْلِهِ بِالْمَوْتِ ، فَلَمْ يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ إِلَى غَيْرِهِمْ . وَأَجْمَعُوا

١٣٦/٦ و

(٣٠) في ١ : « بِالْوَاطِي » .

(٣١) سقط من ١ :

(٣٢) تقدم تخريجه في ٧ / ٣١٦ .

(١) في م : « نَعْلَمُ » .

(٢-٢) في م : « فَيَرِثُ » .

(٣) في م : « الْحَمَلُ » .

على أن المملوك لا يُورث ؛ وذلك لأنه لا مال له فيورث ، فإنه لا يملك ، ومن قال : إنه يملك بالتملك . فملكه ناقص غير مستقر ، يُرول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته ، بدليل قوله عليه السلام : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ »^(٤) . ولأن السيد أحق بمنافعه وأكسابه في حياته ، فكذلك بعد مماته . ومن روى عنه أن العبد لا يرث ، ولا يُورث ، ولا يحجب : علي ، وزيد . وبه قال الثوري ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي .

فصل : ويرث الأسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته . في قول عامة الفقهاء ، إلا سعيد بن المسيب ، فإنه قال : لا يرث ؛ لأنه عبد . وليس بصحيح ؛ لأن الكفار لا يملكون الأحرار بالقهر ، فهو باقٍ على حرّيته ، فيرث ، كالمطلق .

فصل : والمُدَبَّر ، وأمُّ الولد ، كالقن ؛ لأنهم رقيق ، بدليل أن النبي ﷺ باع مُدَبَّرًا^(٥) . وأمُّ الولد مملوكة ، يجوز لسيدها وطؤها ، بحكم الملك ، وتزويجها وإجارتها . وحكمها حكم الأمة في جميع أحكامها ، إلا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن .

فصل : فأما المكاتب ، فإن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد ، لا يرث ، ولا يُورث ، وإن ملك قدر ما يؤدي ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، أنه عبد ما بقي عليه درهم ، لا يرث ، ولا يُورث . روى^(٦) ذلك عن عمر ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر ، وعائشة ، وأم سلمة ، وعمر بن عبد العزيز ، والشافعي رضي الله عنه ، وأبي ثور . وعن ابن المسيب ، وشريح ، والزهري ، نحوه ؛ لما روى أبو داود^(٧) بإسناده ، عن عمرو بن شعيب ، عن

(٤) تقدم تخرجه في : ٦ / ٢١ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب بيع المدير ، من كتاب البيوع ، وفي : باب بيع المدير ، من كتاب العتق . صحيح البخاري ٣ / ١٠٩ ، ١٩٢ . ومسلم ، في : باب جواز بيع المدير ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٨٩ . وابن ماجه ، في : باب المدير ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٠ . والدارمي ، في : باب بيع المدير ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٥٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٠١ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٩٠ .

(٦) في م : « يروى » .

(٧) في : باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته ... ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٢ / ٣٤٦ . =

أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ / قال : « المُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهَمٌ » وفي ١٣٦/٦ ظ
لفظ ، أن النبي ﷺ قال : « أَيُّمَا عَبْدٍ كَاتِبٌ عَلَى مِائَةِ أَوْقِيَّةٍ ، فَأَذَاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ ،
فَهُوَ عَبْدٌ ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ كَاتِبٌ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ ، فَأَذَاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَنَانِيرٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ » .
وعن محمد بن المنكدر ، وعمر بن عبد الله مولى غفرة ، وعبد الله بن عبيدة^(٨) أن النبي ﷺ
قال لعتاب بن أسيد : « مَنْ كَاتِبٌ مُكَاتِبًا فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَقْضِيَ كِتَابَتَهُ »^(٩) .
وقال القاضي ، وأبو الخطاب : إذا أدى المُكَاتِبُ ثلاثة أرباع كتابته ، وعجز عن
الرُّبْعِ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجِبُ إِيْفَاؤُهُ لِلْمُكَاتِبِ ، فَلَا يَجُوزُ إِنْقَاؤُهُ عَلَى الرَّقِّ لِعَجْزِهِ عَمَّا
يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ . والرواية الثانية ، أنه إذا ملك ما يؤدى ، فقد صار حُرًّا ، يَرِثُ ،
وَيُورِثُ ، فإذا مات له مَنْ يَرِثُهُ وَرِثَ ، وَإِنْ مَاتَ فَلْسِيْدُهُ بَقِيَتْ كِتَابَتُهُ ، وَالْبَاقِي لَوَرِثَتِهِ ، لَمَّا
رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(١٠) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : قَالَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا كَانَ
لِأَحَدٍ كُنْ مُكَاتِبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدَّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » . وَرَوَى الْحَكَمُ ، عَنْ عَلِيٍّ
وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَشُرَيْحٍ : يُعْطَى سَيِّدُهُ مِنْ ثَرْكَتِهِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ ،
كَانَ لَوَرِثَةِ الْمُكَاتِبِ . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ الزُّهْرِيِّ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ . وَأَبُو سَلَمَةَ بْنُ
عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَالتَّحْنُفِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَنْصُورٌ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، غَيْرُ
أَنَّ مَالِكًا جَعَلَ مَنْ كَانَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ أَحَقُّ مِمَّنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ . قَالَ فِي مُكَاتِبِ

= كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى
٥ / ٢٦٥ . وابن ماجه ، فى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٢ . وإمام أحمد ، فى :
المسند ٢ / ١٧٨ ، ١٨٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٩ .
(٨) فى م : « عبدة » . وانظر : تهذيب التهذيب ٥ / ٣٠٩ .
(٩) ذكره السيوطى فى الجامع الكبير ١ / ٨٢٥ . وقال : أخرجه عبد الرزاق .
(١٠) فى : باب فى المكاتب يؤدى بعض كتابته فيعجز أو يموت ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢ / ٣٤٦ .
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى
٥ / ٢٦٥ ، ٢٦٦ . وابن ماجه ، فى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٢ . وإمام
أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٨٩ ، ٣٠٨ ، ٣١١ .

هَلَكَ ، وله أُخُّ معه في الكِتَابَةِ ، وله ابْنٌ ، قال : ما فَضَّلَ من كِتَابَتِهِ لِأَخِيهِ دون ابْنِهِ . وجعلَهُ أبو حَنِيفَةَ عَبْدًا ما دام حيًّا ، فإذا^(١١) ماتَ أَدَّى من تَرْكِتِهِ باقِيَ كِتَابَتِهِ ، والباقي لَوَرَثَتِهِ . وَرَوَى عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قال على المنبرِ : إِنَّكُمْ مُكَاتِبُونَ مُكَاتِبِينَ^(١٢) ، فَأَيُّهُمْ أَدَّى النَّصْفَ ، فلا رِقَّ عليه . وعن عَلِيٍّ ، إذا أَدَّى النَّصْفَ فَهُوَ حُرٌّ . وعن عُرْوَةَ نَحْوَهُ . وعن الحسنِ ، إذا أَدَّى الشَّطْرَ فهو غَرِيمٌ . وعن ابنِ مسعودٍ ، وشُرَيْحٍ / نَحْوَهُ . وعن ابنِ مسعودٍ ، إذا أَدَّى ثُلثًا أو رُبْعًا فهو غَرِيمٌ . وعن ابنِ عَبَّاسٍ ، إذا كَتَبَ الصَّحِيفَةَ فهو غَرِيمٌ . وعن عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قال : تَجْرَى العَتَاقَةُ في المُكَاتِبِ في أوَّلِ نَجْمٍ . يعني يَعْتَقُ منه بِقَدَرِ ما أَدَّى . وعنه أَنَّهُ قال : يَرِثُ ، وَيَحْجُبُ ، وَيَعْتَقُ منه ، بِقَدَرِ ما أَدَّى . وقد رَوَى حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ ، عن أَيُّوبَ ، عن عِكْرِمَةَ ، عن ابنِ عَبَّاسٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ قال : « إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتِبُ حَدًّا أوْ مِيرَاثًا ، وَرِثَ بِحِسَابِ ما عَتَقَ مِنْهُ ، وَأُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ بِحِسَابِ ما عَتَقَ مِنْهُ »^(١٣) . وفي رواية « يُؤَدِّي الْمُكَاتِبُ بِقَدَرِ ما عَتَقَ مِنْهُ دِيَةَ الْحُرِّ ، وَقَدَرِ ما رَقَّ مِنْهُ دِيَةَ الْعَبْدِ » . قال يحيى بْنُ أَبِي كَثِيرٍ : وكان عَلِيٌّ وَمَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ يَقُولَانِ ذلك . وقد رَوَى حديثُ ابنِ عَبَّاسٍ ، عن عِكْرِمَةَ ، عن النَّبِيِّ ﷺ مَرْسَلًا ، والحديثُ الَّذِي رَوَيْنَاهُ لِقَوْلِنَا أَصَحُّ منه ، ولا أَعْلَمُ أَحَدًا منَ الفُقهاءِ قال بهذا ، وما ذَكَرْنَاهُ أوْلاً أوْلى ، واللهُ أَعْلَمُ .

١٠٤١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يَرِثُ ، وَيُورَثُ ، وَيَحْجُبُ عَلَى مِقْدَارِ ما فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ)

وجملته أَنَّ الْمُعْتَقَ بَعْضُهُ إِذَا كَسَبَ مَالًا ، ثُمَّ ماتَ وخلفه ، نُظِرَ فيه ؛ فَإِنْ كانَ كَسَبَهُ

(١١) في الأصل ، ١ : « وإن » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في دية المكاتب ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٢ / ٥٠٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٤ . والنسائي ، في : باب دية المكاتب ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨ / ٤٠ ، ٤١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٦٠ ، ٢٩٢ ، ٣٦٩ .

بجزئته الحر ، مثل أن كان قد هاتياً سيده على منفعتيه ، فاكسب في أيامه ، أو ورث شيئاً ، فإن الميراث إنما يستحقه بجزئته الحر ، أو كان قد قاسم سيده في حياته ، فتركته كلها لورثته ، لا حق للمالك باقيه فيها . وقال قوم : جميع ما خلفه بينه وبين سيده . قال ابن اللبان : هذا غلط ؛ لأن الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة ، لم يبق له حق في الباقي ، ولا سبيل له على ما كسبه ينصفه الحر ، كالمالك بين شريكين فاقسما كسبه ، لم يكن لأحدهما حق في حصّة الآخر ، والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه . فأما إن لم يكن كسبه بجزئته الحر خاصة ، ولا اقتسما كسبه ، / فللمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه ، والباقي لورثته . وإن مات له من يرثه ، فإنه يرث ، ويورث ، ويحجب على قدر ما فيه من الحرّة . وهذا قول على ، وابن مسعود ، رضى الله عنهما ، وبه قال عثمان البتي ، وحمزة الزيات ، وابن المبارك ، والمزني ، وأهل الظاهر . وقال زيد بن ثابت : لا يرث ، ولا يورث ، وأحكامه أحكام العبد . وبه قال مالك ، والشافعي ، في القديم . وجعل مالك ماله للمالك باقيه . قال ابن اللبان : هذا غلط ؛ لأنه ليس للمالك باقيه على ما عتق منه ملك ، ولا ولائ ، ولا هو ذورجيم . قال ابن سريج : يحتمل على قول الشافعي رضى الله عنه القديم ، أن يجعل في بيت المال ؛ لأنه لا حق له فيما كسبه بجزئته الحر . وقال الشافعي في الجديد : ما كسبه بجزئته الحر لورثته ، ولا يرث هو ممن مات شيئاً . وبه قال طاوس ، وعمرو بن دينار ، وأبو ثور . وقال ابن عباس : هو كالحر في جميع أحكامه ، في توريثه ، والإرث منه ، وغيرهما . وبه قال الحسن ، وجابر بن زيد ، والشعبي ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد ، واللولؤي ، ويحيى بن آدم ، وداود . وقال أبو حنيفة : إن كان الذي لم يعتق استسعى العبد ، فله من تركته سعيته ، وله نصف ولائه ، وإن كان أغرم الشريك ، فولاؤه كله للذي أعتق بعضه . ولنا ، ما روى عبد الله بن أحمد ، حدثنا الرملي ، عن يزيد ابن هارون ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه :

« يَرِثُ وَيُورِثُ عَلَى قَدَرٍ مَا عَتَقَ مِنْهُ » ^(١) . ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه ، كما لو كان الآخر مثله ، وقياساً لأحدهما على الآخر . إذا ثبت هذا ، فالتفريع على قولنا ؛ لأنَّ العمل على غيره واضح . وكيفيته توريثه أن يُعطى مَنْ له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه ، وإن كان عَصَبَةً نُظِرَ ماله / مع الحرية الكاملة ، فأعطى بقدر ما فيه منها ، وإن كانا عَصَبَتَيْنِ لَا يَحْجُبُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، كَابْنَيْنِ نَصَفُهُمَا حُرٌّ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تُكْمَلُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ، بَأَنَّ تُضَمَّ الْحُرِّيَّةُ مِنْ أَحَدِهِمَا إِلَى مَا فِي الْآخَرِ مِنْهَا ، فَإِنْ كَمَلَ مِنْهُمَا وَاحِدٌ ، وَرَثَا جَمِيعًا مِيرَاثَ ابْنِ حُرٍّ ؛ لِأَنَّ نَصْفَيْ شَيْءٍ شَيْءٌ كَامِلٌ ، ثُمَّ يَقْسَمُ مَا وَرَثَاهُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرٍ مَا فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِذَا كَانَ ثَلَاثًا أَحَدُهُمَا حُرًّا ، وَثَلَاثُ الْآخَرِ حُرًّا كَانَ مَا وَرَثَاهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، وَإِنْ نَقَصَ مَا فِيهِمَا مِنَ الْحُرِّيَّةِ عَنْ حُرٍّ كَامِلٍ ، وَرَثَا بِقَدَرٍ مَا فِيهِمَا ، وَإِنْ زَادَ عَلَى حُرٍّ وَاحِدٍ ، وَكَانَ الْجُزْءَانِ فِيهِمَا سَوَاءً ، قُسِمَ مَا يَرِثَانِهِ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ ، وَإِنْ اختلفا أُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدَرٍ مَا فِيهِ . قَالَ الْخَبَرِيُّ : قَالَ الْأَكْثَرُونَ : هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، لَا تُكْمَلُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ، لِأَنَّهَا لَوْ كُمِلَتْ لَمْ يَظْهَرْ لِلرُّقِّ أَثَرٌ ، وَكَانَا فِي مِيرَاثِهِمَا كَالْحَرَّتَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَحْجُبُ الْآخَرَ ، فَقَدْ قِيلَ فِيهِمَا وَجْهَانِ أَيْضًا . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْحُرِّيَّةَ لَا تُكْمَلُ هُنَا ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يُكْمَلُ بِمَا يُسْقِطُهُ ، وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا يُنَافِيهِ . وَوَرَّثَهُ بَعْضُهُمْ بِالْخِطَابِ ، وَتَنْزِيلِ الْأَحْوَالِ ، وَحَجَبَ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ عَلَى مِثَالِ تَنْزِيلِ الْخُنَاثِيِّ ^(٢) . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ بِمَعْنَاهُ . وَمَسَائِلُ ذَلِكَ ؛ ابْنُ نَصْفُهُ حُرٌّ لَهُ نِصْفُ الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ ابْنٌ آخَرُ نَصَفَهُ حُرٌّ فَلَهُمَا الْمَالُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، لهما نِصْفُهُ ، وَالْبَاقِي لِلْعَصَبَةِ ، أَوْ لِبَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ تَكُنْ عَصَبَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ كَانَا حُرَّتَيْنِ ،

(١) أخرجه النسائي ، في : باب دية المكاتب ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨ / ٤١ بنحوه . ولم يرد في مسند أحمد . انظر : إرواء الغليل ٦ / ١٦٦ ، ١٦٢ .

(٢) في م : « الخطاب » .

لَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ ، وَلَوْ كَانَ رَقِيقَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا شَيْءٌ ، وَلَوْ كَانَ الْأَكْبَرُ وَحْدَهُ حُرًّا كَانَ لَهُ الْمَالُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْأَصْغَرِ ، وَلَوْ كَانَ الْأَصْغَرُ وَحْدَهُ حُرًّا كَانَ لَهُ كَذَلِكَ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْأَرْبَعَةِ أَحْوَالٌ ^(٣) مَالٌ وَنِصْفٌ ، فَلَهُ رُبْعٌ / ذَلِكَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ . ١٣٨/٦ ط

فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا ابْنٌ آخَرُ ثَلَاثَةُ حُرٍّ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَنْقَسِمُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى ثَمَانِيَةٍ ، كَمَا تُقَسَّمُ مَسْأَلَةُ الْمُبَاهِلَةِ ، وَعَلَى الثَّانِي يُقَسَّمُ النِّصْفُ بَيْنَهُمْ عَلَى ثَمَانِيَةٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، ثُمَّ يُقَسَّمُ السُّدُسُ بَيْنَ صَاحِبِي النِّصْفَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وَعَلَى تَنْزِيلِ الْأَحْوَالِ ، يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِمَّنْ نِصْفُهُ حُرٌّ سُدُسُ الْمَالِ ، وَتُؤْمَنُ ، وَلِمَنْ ثَلَاثَةُ حُرٍّ ثَلَاثًا ذَلِكَ ، وَهُوَ تُسْعُ الْمَالِ ، وَنِصْفُ سُدُسِهِ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ الْمَالُ فِي حَالٍ ، وَنِصْفُهُ فِي حَالَيْنِ ، وَثَلَاثَةُ حُرٍّ ، فَيَكُونُ لَهُ مَالَانِ وَثَلَاثُ ، فِي ثَمَانِيَةِ أَحْوَالٍ ، فَتُعْطِيهِ ثَمَنٌ ذَلِكَ ، وَهُوَ سُدُسٌ وَتُؤْمَنُ ، وَيُعْطَى مَنْ ثَلَاثَةُ حُرٍّ ثَلَاثِيَّةٌ ، وَهُوَ تُسْعُ ، وَنِصْفُ سُدُسٍ . ابْنُ حُرٍّ ، وَابْنُ نِصْفِهِ حُرٌّ . الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ ، عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَعَلَى الثَّانِي النِّصْفُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، وَالْبَاقِي لِلْحُرِّ ، فَيَكُونُ لِلْحُرِّ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، وَلِلْآخَرِ الرَّبْعُ . وَلَوْ نَزَلَتْهُمَا بِالْأَحْوَالِ أَفْضَى إِلَى هَذَا ؛ لِأَنَّ لِلْحُرِّ الْمَالُ فِي حَالٍ وَنِصْفُهُ فِي حَالٍ ، فَلَهُ نِصْفُهُمَا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُهُ فِي حَالٍ ، فَلَهُ نِصْفُ ذَلِكَ ، وَهُوَ الرَّبْعُ . وَلَوْ خَاطَبَتْهُمَا لَقَلَّتْ لِلْحُرِّ : لَكَ الْمَالُ لَوْ كَانَ أَخُوكَ رَقِيقًا ، وَنِصْفُهُ لَوْ كَانَ حُرًّا ، فَقَدْ حَجَبَكَ بِحُرِّيَّتِهِ عَنِ النِّصْفِ ، فَنِصْفُهَا يَحْجُبُكَ عَنِ الرَّبْعِ ، يَبْقَى لَكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ . وَيُقَالُ لِلْآخَرِ : لَكَ النِّصْفُ لَوْ كُنْتَ حُرًّا ، فَإِذَا كَانَ نِصْفُكَ حُرًّا ، فَلَكَ نِصْفُهُ وَهُوَ الرَّبْعُ . ابْنُ ثَلَاثَةِ حُرٍّ ، وَابْنُ ثَلَاثَةِ حُرٍّ ، عَلَى الْأَوَّلِ ، الْمَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، وَعَلَى الثَّانِي ، الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثُ فَيَكُونُ لَهُ النِّصْفُ ، وَلِلْآخَرِ السُّدُسُ ، وَقِيلَ : الثُّلُثَانِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا . وَبِالْخَطَابِ تَقُولُ لِمَنْ ثَلَاثَةُ حُرٍّ : لَوْ كُنْتَ وَحْدَكَ حُرًّا ، كَانَ الْمَالُ لَكَ ، وَلَوْ كُنْتُمَا حَرَيْنِ ، كَانَ لَكَ النِّصْفُ ، فَقَدْ حَجَبَكَ بِحُرِّيَّتِهِ عَنِ النِّصْفِ ، فَبِثْلُثِهَا يَحْجُبُكَ عَنِ السُّدُسِ ، يَبْقَى لَكَ

(٣) الصواب : « الأحوال » .

و١٣٩/٦
 خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ لَوْ كُنْتَ حُرًّا ، فَلَكَ بِثُلُثِي حُرِّيَّةٍ^(٤) خَمْسَةُ أَتْسَاعٍ . وَيُقَالُ لِلْآخِرِ :
 يَحْجُبُكَ أَخُوكَ بِثُلُثِي حُرِّيَّتِهِ ، عَنْ ثُلُثِي النَّصْفِ ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، يَبْقَى لَكَ الثُّلَاثَانِ ، فَلَكَ
 بِثُلُثِ حُرِّيَّةٍ^(٥) ثُلُثُ ذَلِكَ ، / وَهُوَ التُّسْعَانِ ، وَيَبْقَى التُّسْعَانِ لِعَصَبَتِهِ^(٦) إِنْ كَانَ ، أَوْ ذِي
 رَحِمٍ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَبَيْتِ^(٧) الْمَالِ . ابْنُ حُرٍّ وَبَنَتْ نِصْفُهَا حُرًّا ، لِلابْنِ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ
 الْمَالِ ، وَلِلْبَنَاتِ سُدُسُهُ فِي الْخِطَابِ وَالتَّنْزِيلِ جَمِيعًا . وَمَنْ جَمَعَ الْحُرِّيَّةَ أَفْضَى قَوْلُهُ إِلَى أَنَّ لَهُ
 أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ الْمَالِ ، وَلَهَا الْخُمُسُ . فَإِنْ كَانَتْ بَنَتْ حُرَّةً وَابْنٌ نِصْفُهُ حُرٌّ وَعَصَبَةٌ ،
 فَلِلابْنِ الثُّلُثُ ، وَلِهَا رُبُعٌ وَسُدُسٌ . وَمَنْ جَمَعَ الْحُرِّيَّةَ فِيهِمَا جَعَلَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . ابْنُ
 وَبَنَتْ نِصْفُهَا حُرٌّ وَعَصَبَةٌ ، فَمَنْ جَمَعَ الْحُرِّيَّةَ ، فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ .
 وَقَالَ بَعْضُ الْبَصَرِيِّينَ : النَّصْفُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ . وَمَنْ وَرَثَ بِالتَّنْزِيلِ وَالْأَحْوَالِ قَالَ :
 لِلابْنِ الْمَالُ فِي حَالٍ ، وَثُلَاثَاهُ فِي حَالٍ ، فَلَهُ رُبْعُ ذَلِكَ ، رُبْعٌ وَسُدُسٌ ، وَلِلْبَنَاتِ نِصْفُ ذَلِكَ
 ثُمْنٌ وَنِصْفُ سُدُسٍ ، وَالْبَاقِي لِلْعَصَبَةِ . وَإِنْ شَتَّ قُلْتُ : إِنْ قَدَّرْنَا هَا حُرَّتَيْنِ فَهِيَ مِنْ
 ثَلَاثَةِ ، وَإِنْ قَدَّرْنَا الْبَنَاتِ وَحَدَّاهَا حُرَّةً ، فَهِيَ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَإِنْ قَدَّرْنَا الْإِبْنَ وَحَدَّهُ حُرًّا فَالْمَالُ
 لَهُ ، وَإِنْ قَدَّرْنَا هَا رَقِيقَيْنِ فَالْمَالُ لِلْعَصَبَةِ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةِ تَكُنْ سِتَّةً ، ثُمَّ فِي أَرْبَعَةِ
 أَحْوَالٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، فَلِلابْنِ الْمَالُ فِي حَالٍ سِتَّةً ، وَثُلَاثَاهُ فِي حَالٍ أَرْبَعَةً ، صَارَ لَهُ
 عَشْرَةٌ ، وَلِلْبَنَاتِ النَّصْفُ فِي حَالٍ ، وَالثُّلُثُ فِي حَالٍ خَمْسَةَ ، وَلِلْعَصَبَةِ الْمَالُ فِي حَالٍ ،
 وَنِصْفُهُ فِي حَالٍ تِسْعَةً ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَصَبَةٌ ، جَعَلَتْ لِلْبَنَاتِ فِي حَالٍ حُرِّيَّتَهَا الْمَالُ كُلَّهُ
 بِالْفَرَضِ وَالرَّذِّ ، فَيَكُونُ لَهَا مَالٌ وَثُلُثٌ ، فَتَجْعَلُ لَهَا رُبْعَ ذَلِكَ ، وَهُوَ الثُّلُثُ . فَإِنْ كَانَ
 مَعَهُمَا امْرَأَةٌ وَأُمُّ حُرَّتَانِ كَمُلَّتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ، فَحَجَبَا الْأُمَّ إِلَى السُّدُسِ ، وَالْمَرْأَةَ إِلَى
 الثُّمْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَ لَحَجَبَ نِصْفَ الْحَجَبِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا اجْتَمَعَ

(٤) فِي م : « حُرِّيَّتِهِ » .

(٥) فِي أ : « حُرِّيَّتِهِ » . وَفِي م : « حُرِّيَّتِهِمْ » .

(٦) فِي م : « لِلْعَصَبَةِ » .

(٧) فِي م : « فَمَنْ بَيْت » .

الْحَجَبُ . وَمَنْ وَرَثَ بِالْأَحْوَالِ وَالتَّزْوِيلِ ، قَالَ : لِلْأُمِّ السُّدُسُ فِي ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ، وَالثَّلْثُ فِي حَالٍ ، فَلَهَا رُبْعُ ذَلِكَ ، وَهُوَ سُدُسٌ وَثَلْثٌ وَثَمَنٌ ، وَلِلْمَرْأَةِ الثَّمَنُ فِي ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ، وَالرُّبْعُ فِي حَالٍ ، فَلَهَا رُبْعُ ذَلِكَ ، وَهُوَ الثَّمَنُ وَرُبْعُ الثَّمَنِ ، وَلِلْأَبْنِ الْبَاقِي فِي حَالٍ ، وَثُلَاثُهَا فِي حَالٍ ، فَلَهُ رُبْعُهُ ، وَلِلْبَنَاتِ / ثُلُثُ الْبَاقِي فِي حَالٍ ، وَالتَّصْفُ فِي حَالٍ ، فَلَهَا رُبْعُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَسْأَلَةِ عَصَبَةٌ ، فَلِلْبَنَاتِ بِالْفَرْضِ وَالرَّدِّ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ ، مَكَانَ التَّصْفِ ، وَلِلْأُمِّ سَبْعَةُ مَكَانِ السُّدُسِ ، وَتَصَحُّ الْمَسْأَلَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا رَدٌّ بِالْبَسْطِ مِنْ مَائَتَيْنِ وَثَمَانِيَةٍ وَثَمَانِينَ سَهْمًا ، لِلْأُمِّ مِنْهَا سِتُّونَ ، وَلِلْمَرْأَةِ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، وَلِلْأَبْنِ خَمْسَةٌ وَثَمَانُونَ ، وَلِلْبَنَاتِ ثَلَاثَةٌ وَخَمْسُونَ ، وَالبَاقِي لِلْعَصَبَةِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ مَنْ جَمَعَ الْحُرِّيَّةَ فِي الْحَجَبِ ، أَنْ يَجْمَعَ الْحُرِّيَّةَ فِي التَّوْرِيثِ ، فَيَجْعَلَ لَهَا ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْبَاقِي . وَقَالَ ابْنُ اللَّبَّانِ : لَهَا سَبْعَةٌ ^(٨) عَشْرَ مِنْ ثَمَانِيَةٍ وَأَرْبَعِينَ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَا حُرَّيْنِ لَكَانَ لَهَا سَبْعَةٌ عَشْرَ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، فَيَكُونُ لَهَا بِنَصْفِ حُرِّيَّتِهَا ^(٩) نِصْفُ ذَلِكَ . وَهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ حَجَبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمُصَاحِبِهِ بِنَصْفِ حُرِّيَّتِهِ ، كَحَجَبِهِ إِيَّاهُ بِجَمِيعِهَا ، وَلَوْ سَاغَ هَذَا لَكَانَ لَهَا ^(١٠) حَالٌ أَنْفَرَادَهُمَا التَّصْفُ بَيْنَهُمَا ^(١١) مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ . ابْنُ وَأَبُوَانِ ، نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ حُرٌّ ، إِنْ قَدَّرْنَا لَهُمْ أَرْبَاعًا ، فَلِلْأَبْنِ الثُّلَاثَانِ ، وَإِنْ قَدَّرْنَا لَهُمْ خُرًّا وَحَدَهُ ، فَلَهُ الْمَالُ ، وَإِنْ قَدَّرْنَا مَعَهُ أَحَدَ الْأَبْوَيْنِ خُرًّا فَلَهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ ، فَتَجْمَعُ ذَلِكَ تَجْدُهُ ثَلَاثَةُ أَمْوَالٍ وَثُلَاثًا ^(١٢) ، فَلَهُ ثَمَنُهَا ، وَهُوَ رُبْعُ سُدُسٍ ، وَلِلْأَبِ الْمَالُ فِي حَالٍ ، وَثُلَاثُهَا فِي حَالٍ ، وَسُدُسُهَا فِي حَالَيْنِ ، فَلَهُ ثَمَنُ ذَلِكَ وَرُبْعُ ^(١٣) ، وَلِلْأُمِّ الثَّلْثُ فِي حَالَيْنِ ، وَالسُّدُسُ فِي حَالَيْنِ ، فَلَهَا الثَّمَنُ ، وَالبَاقِي لِلْعَصَبَةِ . وَإِنْ عَمِلْتَهَا بِالْبَسْطِ قُلْتَ : إِنْ قَدَّرْنَا لَهُمْ

(٨) فِي ١ ، م : « سِتَّة » .

(٩) فِي م : « حُرِّيَّتِهِمْ » .

(١٠) فِي م : « لَهُمْ » .

(١١) فِي م : « بَيْنَهُمْ » .

(١٢) فِي م : « وَثُلَاثَانِ » .

(١٣) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا .

أحراراً ، فهي من سِتَّة ، وإن قَدَرْنَا الابْنَ وَحَدَه حُرّاً ، فهي من سَهْمٍ ، فكذلك الأب ، وإن قَدَرْنَا الأمَّ وَحَدَهَا حُرَّةً ، أو قَدَرْنَاها مع حُرِّيَّة الأب ، فهي من ثَلَاثَةٍ ، وإن قَدَرْنَا الابْنَ مع الأب ، أو مع الأمَّ فهي من سِتَّة ، وإن قَدَرْنَاهم رَقِيقًا ، فالْمَالُ لِلْعَصِيَّة ، وجميع المسائل تدخل في سِتَّة ، فتَضَرَّبُها في الأحوال ، وهي ثمانية ، تَكُنْ ثمانية وأربعين ، للابن المَالُ في حَالِ سِتَّة ، وثَلَاثَةُ^(١٤) في حَالِ أَرْبَعَةٍ ، وخَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ في حَالَيْنِ عَشْرَةٍ ، فذلك عشرون سَهْمًا من ثمانية وأربعين ، ولِلأبِ المَالُ في حَالِ سِتَّة ، وثَلَاثَةُ في حَالٍ ، وسُدْسَاهُ في حَالَيْنِ ، وذلك / اثنا عشر ، ولِلْأُمِّ الثُلُثُ في حَالَيْنِ ، والسُدُسُ في حَالَيْنِ ، وذلك سِتَّة ، وهي الثَّمَن ، وإن كان ثَلْثُ كُلِّ واحدٍ منهم حُرّاً ، زِدَتْ على السِتَّةِ نِصْفُها ، تصيرُ تسعةً ، وتَضَرَّبُها في الثمانية ، تَكُنْ اثنين وسبعين ، فلالَيْنِ عشرون من اثنين وسبعين ، وهي السُدُسُ والثُلُثُ ، ولِلأبِ اثنا عشر ، وهي السُدُسُ ، ولِلْأُمِّ سِتَّة ، وهي نِصْفُ السُدُسِ ، ولا تَغَيِّرُ سِهَامَهُم ، وإِنَّمَا صَارَتْ مَنسُوبَةً إِلَى اثنين وسبعين . وإن كان رُبُعُ كُلِّ واحدٍ منهم حُرّاً ، زِدَتْ على السِتَّةِ مِثْلُها . وقيل فيما إذا كان نِصْفُ كُلِّ واحدٍ منهم حُرّاً : لِلْأُمِّ الثَّمَنُ ، ولِلأبِ الرُّبُعُ ، ولِلابْنِ النِّصْفُ . ابنُ نِصْفِهِ حُرٌّ وَأُمُّ حُرَّةٌ ، لِلْأُمِّ الرُّبُعُ ، ولِلابْنِ النِّصْفُ . وقيل : له ثلاثة أَثْمَانٍ ، وهو نِصْفُ ما يَبْقَى ، فَإِنْ كان بدلُ الْأُمِّ أَخْتًا حُرَّةً ، فَلِها النِّصْفُ . وقيل : لَهَا نِصْفُ الباقِي ؛ لِأَنَّ الابْنَ يَحْجُبُها بنِصْفِهِ عن نِصْفِ فَرَضِها ، فَإِنْ كان نِصْفُها حُرّاً ، فَلِها الثَّمَنُ ، على هذا القول ، وعلى الأوَّل ، لَهَا الرُّبُعُ . وإن كان مع الابْنَ أُخْتُ من أُمٍّ ، أو أَخٌ من أُمٍّ ، فلكلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ السُدُسِ . وإن كان معه عَصَبَةٌ حُرٌّ ، فله الباقِي كُلُّهُ .

فصل : ابنُ نِصْفِهِ حُرٌّ ، وابنُ ابْنِ حُرٍّ ، المَالُ بينهما في قَوْلِ الجميع ، إِلَّا الثَّوْرَى . قال : لابْنِ الابْنِ الرُّبُعُ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُوبٌ بنِصْفِ الابْنِ عن الرُّبُعِ ، فَإِنْ كان نِصْفُ الثاني حُرّاً ، فله الرُّبُعُ ، فَإِنْ كان معهما ابْنُ ابْنِ ابْنِ نِصْفِهِ حُرٌّ ، فله الثَّمَنُ . وقيل : لِلأَعْلَى النِّصْفُ ، وَلِلثَّانِي النِّصْفُ ؛ لِأَنَّ فِيهِما حُرِّيَّةَ ابْنِ . وهذا قولُ أبِي بَكْرٍ . وقال سفيانُ : لا شيءَ لِلثَّانِي والثَّالِثِ ؛ لِأَنَّ ما فِيهِما من الحُرِّيَّةِ مَحْجُوبٌ بِحُرِّيَّةِ الابْنِ ، فَإِنْ كان معهم أَخٌ

(١٤) في م : « وثلثا » .

حُرٌّ ، أو غيرُهُ من العَصَبَاتِ ، فله الباقي . وإن كان نصفُهُ حُرًّا ، فله نصفُ ما بَقِيَ ، إلَّا على القولَيْن الآخرين . ابنُ نصفه حُرٌّ ، وابنُ ابنِ ثُلثه حُرٌّ ، وأخُ ثلاثة أرباعه حُرٌّ ؛ للأعلى النِّصْفُ ، وللثاني ثُلثُ الباقي ، وهو السُّدُسُ ، وللأخ ثلاثة أرباع الباقي ، وهو الرَّبْعُ . وعلى القول الآخر ، لابنِ النِّصْفِ ، ولابنِ الابنِ الثُّلُثُ ، والباقي / للأخ . ثلاثة إخوة مُفْتَرِقِينَ ، نصفُ كُلِّ واحدٍ حُرٌّ ؛ للأخ من الأمِّ نصفُ السُّدُسِ ، وللأخ من الأبوين نصفُ الباقي ، وللأخ من الأبِ نصفُ الباقي ، وتصحُّ من ثمانية وأربعين ، للأخ من الأمِّ أربعة ، وللأخ من الأبوين اثنان وعشرون ، وللأخ من الأبِ أحدُ عَشَرَ . وعلى القول الآخر ، للأخ من الأمِّ نصفُ السُّدُسِ ، وللأخ من الأبوين النِّصْفُ ، وللأخ من الأبِ ما بَقِيَ . فإن كان معهم بنتٌ حُرَّةٌ ، فلها النِّصْفُ ، ولا شيء للأخ من الأمِّ ، وللأخ من الأبوين الرَّبْعُ ، وللأخ من الأبِ الثُّمْنُ ، والباقي للعَصَبَةِ . وعلى القول الآخر ، الباقي للأخ من الأبوين وحده ، فإن كان نصفُ البنتِ حُرًّا ، فلها الرَّبْعُ ، وللأخ من الأمِّ رُبْعُ السُّدُسِ ، وللأخ من الأبوين نصفُ الباقي ، وللأخ من الأبِ نصفُ الباقي .

فصل : بنتٌ نصفها حُرٌّ ، لها الرَّبْعُ ، والباقي للعَصَبَةِ ، فإن لم يكن عَصَبَةٌ فلها النِّصْفُ بالفَرْضِ والرَّدِّ ، والباقي لذوى^(١٥) الرَّحِمِ ، فإن لم يكن فليبيت المال ، فإن كان معها أمٌ حُرَّةٌ ، فلها الرَّبْعُ ؛ لأنَّ البنتَ الحُرَّةَ تحجبها عن السُّدُسِ ، فنصفها يحجبها عن نصفه ، وإن كان معها امرأةٌ ، فلها الثُّمْنُ ، ونصفُ الثُّمْنِ ، وإن كان معها أخٌ من أمٍّ ، فله نصفُ السُّدُسِ ، وإن كان معها بنتٌ ابنٍ ، فلها الثُّلُثُ ؛ لأنَّها لو كانت كُلُّها أمةً ، لكان لبنتِ الابنِ النِّصْفُ ، ولو كانت حُرَّةً ، لكان لها السُّدُسُ ، فقد حَجَبَتْها حُرِّيَّتُها عن الثُّلُثِ ، فنصفها يحجبها عن السُّدُسِ . وكلُّ مَنْ ذكرنا إذا كان نصفه حُرًّا ، فله نصفُ ماله في الحُرِّيَّةِ ، وإن كان ثُلثه حُرًّا ، فله ثُلثه ، وإن كان معها بنتٌ أُخْرَى حُرَّةٌ ، فلها رُبْعُ المالِ ، وثُلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحُرِّيَّةَ فيهما ؛ لأنَّ لهما بحُرِّيَّةِ

(١٥) في الأصل : « لذى » .

نصفًا ، وينصف حُرَّةَ نصف كَالِ الثُّلُثَيْنِ . وفي الْخِطَابِ وَالتَّنْزِيلِ لِلْحُرَّةِ رُبْعٌ وَسُدُسٌ ،
ولِلْأُخْرَى سُدُسٌ ؛ لِأَنَّ نَصْفَ إِحْدَاهُمَا يَحْجُبُ الْحُرَّةَ عَنْ نَصْفِ السُّدُسِ فَيَقَى لَهَا رُبْعٌ
وَسُدُسٌ ، وَالْحُرَّةُ تَحْجُبُهَا عَنْ سُدُسٍ كَامِلٍ ، فَيَقَى لَهَا سُدُسٌ . فَإِنْ كَانَ نِصْفُهَا
رَاقِبًا ، وَمَعَهُمَا عَصَبَةٌ ، فَلَهُمَا / رُبْعُ الْمَالِ وَسُدُسُهُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ كَانَتَا حُرَّتَيْنِ كَانَ لهُمَا ١٤١/٦
الْثُلُثَانِ ، وَلَوْ كَانَتِ الْكُبْرَى وَحْدَهَا حُرَّةً كَانَ لَهَا النِّصْفُ ، وَكَذَلِكَ الصَّغْرَى ، وَلَوْ كَانَتَا
أُمْتَيْنِ كَانَ الْمَالُ لِلْعَصَبَةِ ، فَقَدْ كَانَ لهُمَا مَالٌ وَثُلُثَانِ ، فَلَهُمَا رُبْعٌ ذَلِكَ ، وَهُوَ رُبْعٌ
وَسُدُسٌ ، وَطَرِيقُهَا بِالْبَسْطِ أَنْ تَقُولَ : لَوْ كَانَتَا حُرَّتَيْنِ ، فَاَلْمَسْأَلَةُ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ كَانَتِ
الْكُبْرَى وَحْدَهَا حُرَّةً ، فَهِيَ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتِ الصَّغْرَى وَحْدَهَا حُرَّةً . وَإِنْ
كَانَتَا أُمْتَيْنِ ، فَهِيَ مِنْ سَهْمٍ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةً ، ثُمَّ ^(١٦) فِي الْأَحْوَالِ
الْأَرْبَعَةِ تَكُنْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ^(١٧) لِلْكُبْرَى نِصْفُ الْمَالِ فِي حَالِ ثَلَاثَةٍ ، وَثُلُثُهُ فِي حَالِ
سَهْمَانِ ، صَارَ لَهَا خَمْسَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَلِلْأُخْرَى مِثْلُ ذَلِكَ ، وَلِلْعَصَبَةِ الْمَالُ فِي
حَالِ ، وَالنِّصْفُ فِي حَالَيْنِ ، وَالثُّلُثُ فِي حَالٍ ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ سَهْمًا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ .
وَمِنْ جَمَعَ الْحُرَّةَ فِيهِمَا جَعَلَ لهُمَا النِّصْفَ وَالْبَاقِيَ لِلْعَصَبَةِ . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ نَزَّلَتْهُمَا
عَلَى تَقْدِيرِ الرَّدِّ ، فَيَكُونُ حُكْمُهُمَا حُكْمَ اثْنَيْنِ نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرٌّ ، عَلَى مَا قُلْنَا .
ثَلَاثُ بَنَاتٍ ابْنٍ مُتَنَازِلَاتٍ ، نِصْفُ كُلِّ وَاحِدَةٍ حُرٌّ وَعَصَبَةٌ ، لِلأُولَى الرُّبْعُ ، وَلِلثَانِيَةِ
السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ كَانَتَا حُرَّةً كَانَ لَهَا الثُّلُثُ ، وَلِلثَالِثَةِ نِصْفُ السُّدُسِ فِي ^(١٧) قَوْلِ
الْبَصْرِيِّينَ ؛ لِأَنَّكَ تَقُولُ لِلسُّفْلَى : لَوْ كَانَتَا أُمْتَيْنِ كَانَ لِكِ النِّصْفُ ، وَلَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا
حُرَّةً كَانَ لِكِ السُّدُسُ ، فَبَيْنَهُمَا ثُلُثٌ ، فَتَحْجُبُكِ الْعِلْيَاءُ عَنْ رُبْعٍ ، وَالثَّانِيَةُ عَنْ نِصْفِ
سُدُسٍ ، فَيَقَى لِكِ سُدُسٌ لَوْ كُنْتِ حُرَّةً ، فَإِذَا كَانَ نِصْفُكَ حُرًّا ، كَانَ لِكَ نِصْفُهُ . وَفِي
التَّنْزِيلِ ، لِلثَّالِثَةِ نِصْفُ الثُّمَنِ وَثُلُثُهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّا لَوْ نَزَّلْنَا كُلَّ وَاحِدَةٍ حُرَّةً وَحْدَهَا ، كَانَ لَهَا
النِّصْفُ . فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ مِنْ ابْنَيْنِ اثْنَيْنِ . وَلَوْ كُنَّ إِمَاءً ، كَانَ الْمَالُ لِلْعَصَبَةِ . وَلَوْ كُنَّ

(١٦-١٧) جاء هذا في م بعد قوله : « سهمان » الآتي .

(١٧) في م : « على » .

أحراراً كان للأولى النصف ، وللثانية السدس ، والثالث للعصبة . ولو / كانت الأولى والثانية حُرَّتَيْن ، فكَذَلِكَ . ولو كانت الثانية والثالثة حُرَّتَيْن ، فللثانية النصف ، وللثالثة السدس ، والثالث للعصبة . فهذا أربعة أحوال ، من ستة ستة ، والمسائل كلها تدخل فيها ، فتضربها في ثمانية أحوال ، تكن ثمانية وأربعين ، للعليا النصف ، في أربعة أحوال ، اثنا عشر ، وهي الربع ، وللثانية النصف في حالين ، والسدس في حالين ، وهي ثمانية ، وذلك هو السدس ، وللثالثة النصف في حال ، والسدس في حالين ، وهي خمسة ، وهي نصف الثمن ، وثلاثة . وقال قوم : تجمع الحرية فيهن ، فيكون فيهن حرية ونصف ، لهن بها ثلث وربع للأولى ، وللثانية ربعان ، وللثالثة نصف سدس ، فإن كان معهن أربعة كان لها ^(١٨) نصف سدس ^(١٨) آخر . ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حرٌّ وأم حرّة وعم ، للتي من قبل الأبوين الربع ، ولتي من قبل الأب السدس ، ولتي من قبل الأم نصف السدس ، ولأم الثلث ؛ لأنها لا تحجب إلا باثنين من الإخوة والأخوات ، ولم تكمل الحرية ^(١٩) في اثنتين ^(١٩) ، وللعَم ما بقي . وهكذا لو كانت أخت حرّة وأخرى نصفها حرٌّ وأم حرّة ، فلأم الثلث ؛ لما ذكرناه . وقال الخبري : للأم الربع ، وحجبها بالجزء ، كما تحجب بنصف البنت ، والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مُقدّر ، بل هو مُطلق في الولد والجزء من الولد ، وفي الإخوة مُقدّر باثنين ، فلا يثبت بأقل منهما ، ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلاً . وهذا قول ابن اللبان . وحكى القول الأول عن الشعبي ، وقال : هذا غلط . وفي الباب اختلاف كثير ، وفروع قل ما تنفق ، وقل ما تجيء مسألة إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرناه .

١٠٤٢ - مسألة : قال : (وَإِذَا مَاتَ ، وَخَلَفَ ابْنَيْنِ ، فَأَقْرَأَهُمَا بِأَخٍ ، فَلَهُ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ أَقْرَأَ بِأُخْتٍ ، فَلَهَا خُمُسُ مَا فِي يَدِهِ)

قد ذكرنا في باب الإقرار من يثبت التسب بقوله ، ومن لا يثبت ، ونذكر / ههنا ما

(١٨-١٨) في م : « سدس ونصف » .

(١٩-١٩) سقطت « في » من : ١ . وفي ب ، م : « في اثنين » .

يَسْتَحِقُّ الْمُقَرَّبُ مِنَ الْمِيرَاثِ ، إِذَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، فنقول : إِذَا أَقَرَّ بَعْضُ الْوَرَثَةِ بِمُشَارِكِ^(١) فِي الْمِيرَاثِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، لَزِمَ الْمُقَرَّرُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ فَضْلُ مَا فِي يَدِهِ عَنْ مِيرَاثِهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَشَرِيكٍ ، وَيَحْيَى ابْنِ آدَمَ ، وَوَكَيْعٍ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ : يُقَاسِمُهُ مَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ : أَنَا وَأَنْتَ سَوَاءٌ فِي مِيرَاثِ آبِنَا ، وَكَأَنَّ مَا أَخَذَهُ الْمُتَكِرُّ تَلَفٌ ، أَوْ أَخَذْتَهُ يَدٌ عَادِيَّةٌ ، فَيَسْتَوِي فِيمَا بَقِيَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَدَاوُدُ : لَا يَلْزَمُهُ فِي الظَّاهِرِ دَفْعُ شَيْءٍ إِلَيْهِ ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ : أَصَحُّهُمَا لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ مَنْ لَا يَثْبُتْ نَسَبُهُ . وَعَلَى الْقَوْلِ^(٢) الَّذِي يَلْزَمُهُ دَفْعُ شَيْءٍ إِلَيْهِ ، فَفِي قَدَرِهِ وَجْهَانِ ، كَالْمُذْهَبَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ . وَلَنَا ، عَلَى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ أَقَرَّ بِحَقِّ لِمُدَّعِيهِ ، يُمَكِّنُ صِدْقَهُ فِيهِ ، وَيَدُ الْمُقَرَّرِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مَنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ،^(٣) فَيَلْزَمُهُ^(٤) ذَلِكَ ، كَمَا^(٥) لَوْ أَقَرَّ بِمُعَيَّنٍ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ هَذَا أَخُوهُ ، وَلَهُ^(٥) ثُلُثُ التَّرِكَةِ ، وَيَتَعَيَّنُ اسْتِحْقَاقُهُ لَهَا ، وَفِي يَدِهِ بَعْضُهُ وَصَاحِبُهُ يَطْلُبُهُ ، لَزِمَهُ^(٦) دَفْعُهُ إِلَيْهِ ، وَحَرُمَ عَلَيْهِ مَنَعُهُ مِنْهُ ، كَمَا فِي سَائِرِ الْمَوَاضِعِ ، وَعَدَمُ ثُبُوتِ نَسَبِهِ فِي الظَّاهِرِ ، لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ دَفْعِهِ إِلَيْهِ ، كَالْوَعَصَةِ شَيْئًا ، وَلَمْ تَقُمْ الْبَيِّنَةُ بِعَصَبِهِ . وَلَنَا ، عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِالْفَاضِلِ عَنْ مِيرَاثِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِمَحَلٍّ مُشْتَرَكٍ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ ، فَلَمْ يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِسْطِهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الْعَبْدِ بِجَنَائِهِ ، فَعَلَى هَذَا ، إِذَا حَلَفَ ابْنَيْنِ ، فَأَقَرَّ

(١) فِي أ ، م : « لِمُشَارِكِ » .

(٢) فِي م : « قَوْلِ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « فَلْزَمَهُ » .

(٥) فِي م : « فَلَهُ » .

(٦) فِي أ ، م : « فَلْزَمَهُ » .

أحدهما بأخ ، فللمقر له ثلث ما في يد المقر ، وهو سدس المال ؛ لأنه يقول : نحن ثلاثة ، لكل واحد منا الثلث ، وفي يد النصف ، ففضل في يد لك السدس ، فيدفعه إليه ، وهو ثلث ما في يده . وفي قول أبي حنيفة / يدفع إليه نصف ما في يده ، وهو الربع ، وإن أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده ؛ لأنه يقول : نحن أخوان وأخت ، فلك الخمس من جميع المال ، وهو خمس ما في يدى ، وخمس ما في يد أختي . فيدفع إليها خمس ما في يده ، وفي قولهم يدفع إليها ثلث ما في يده .

فصل : وإن أقر جميع الورثة بوارث ، أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه ، ثبت نسبه ، سواء كان الورثة واحداً ، أو جماعة . وبهذا قال النخعي ، والشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح : لا يثبت نسبه . والمشهور عن أبي يوسف ، أنه لا يثبت النسب إلا بإقرار ابنتين ذكرتين كانا أو اثنتين ، عذلين أو غير عذلين . ونحوه عن مالك . وروى ابن اللبان ، قال أشعث بن سوار ، عن رجل من أهل المدينة ، قال : جاء رجل وأخته إلى عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه ، ومعهما صبي ، فقالا : هذا أخونا . فقال عمر : لا الحق بأبيكما من لم يقر به . ولنا ، أن^(٧) عبد بن زمعة^(٨) ادعى نسب ولد^(٩) وليدة أبيه ، وقال : هذا أختي ، ولد على فراش أبي . فقيل للنبي ﷺ قوله ، وأثبت النسب به^(٩) . ولأن الوارث يقوم مقام مورثه ، بدليل أنه يثبت باعتباره ما يثبت باعترا ف المورث على نفسه من الدين ، وغيره ، كذا النسب ، ولأن الوارث يخلف المورث في حقوقه ، وهذا منها . ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه إليه ، إلا أن يكون المقر به يسقط المقر ، كأخ يقر بأبني ، أو ابن ابن ، أو أخ من أب

(٧-٧) في م : « عبد الله بن ربيعة » . خطأ .

(٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩) تقدم تخريجه في : ٧ / ٣١٦ .

يُقَرَّبُ بِأَخٍ مِنْ أُبُونَيْنِ ، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ فِي ظَاهِرِ مَذْهَبِهِ أَثْبَتَ النَّسَبَ ، وَلَمْ يُورِثْهُ ؛ لَعَلَّا يَكُونُ إِقْرَارًا مِنْ غَيْرِ وَارِثٍ ، فَثُبُوتُ مِيرَاثِهِ يُفْضِي إِلَى سَقُوطِ نَسَبِهِ وَمِيرَاثِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْ كُلِّ الْوَرَثَةِ ، يَثْبُتُ ^(١٠) بِهِ النَّسَبُ بِنِ يَرِثُ ، لَوْ ثَبِتَ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَرِثَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُسْقِطْهُ ، وَلَئِنَّ ابْنَ ثَابِتِ النَّسَبِ ، لَمْ يَمْنَعْ إِرْثَهُ مَا نَعِيَ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ ثَبِتَ بَيِّنَةٌ ، وَالْإِغْتِبَارُ / بِكَوْنِهِ وَارِثًا حَالَةَ الْإِقْرَارِ ، أَوْ بِكَوْنِهِ وَارِثًا لَوْلَا الْإِقْرَارُ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ اِغْتَبِرَ الْحَالُ الثَّانِي ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ ، إِذَا أَقْرَبَ بِمُشَارِكٍ فِي الْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ إِقْرَارًا مِنْ بَعْضِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : إِنَّمَا ثَبِتَ ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّبَ بِهِ أَيْضًا مُقَرَّبٌ بِنَفْسِهِ مُدْعٍ لِنَسَبِهِ . قُلْنَا : وَهَهُنَا مِثْلُهُ ، فَاسْتَوِيََا .

فصل : إِذَا خَلَّفَ ابْنًا وَاحِدًا ، فَأَقْرَبَ بِأَخٍ مِنْ أَبِيهِ ، دَفَعَ إِلَيْهِ نَصْفَ مَا فِي يَدِهِ . فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ . فَإِنْ أَقْرَبَ بَعْدَهُ ^(١١) بآخَرٍ ، فَاتَّفَقَا عَلَيْهِ ، دَفَعَا إِلَيْهِ ثُلْثَ مَا فِي أَيْدِيهِمَا . فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ . فَإِنْ أَنْكَرَ الْمُقَرَّبُ بِهِ ثَانِيًا الْمُقَرَّبُ بِهِ فِي ^(١٢) الْأَوَّلِ ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَقْلٌ لِلْعَامَّةِ ، تَقُولُ : أَذْجَلْنِي أَخْرَجَكَ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِنْ ثُلْثِ مَا فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَرَّرْ لَهُ بِأَكْثَرِ مِنْهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَلْزَمُ الْمُقَرَّبُ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ نَصْفَ التَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ الْأَوَّلِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَبْطُلَ نَسَبُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبِتَ بِقَوْلٍ مِنْ هُوَ كُلُّ الْوَرَثَةِ حَالِ الْإِقْرَارِ . وَإِنْ لَمْ يُصَدَّقِ الْمُقَرَّبُ ^(١٣) بِهِ الْأَوَّلُ بِالثَّانِي ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْمُقَرَّبُ ثُلْثَ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ الْفَضْلُ الَّذِي فِي يَدِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ دَفْعُ ثُلْثِ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهُ عَلَيْهِ بِدَفْعِ النِّصْفِ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَهُوَ يُقَرَّرُ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا الثُّلْثَ . وَسَوَاءٌ دَفَعَهُ إِلَيْهِ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، أَوْ بِغَيْرِ حُكْمِهِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عِلَّةٌ حُكْمِ الْحَاكِمِ . وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِالْحَالِ عِنْدَ إِقْرَارِهِ الْأَوَّلِ ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ، لِأَنَّ الْعَمْدَ وَالْخَطَأَ وَاحِدٌ فِي ضَمَانِ مَا

(١٠) فِي الْأَصْلِ : ثَبِتَ .

(١١) فِي م : بَعْدَ .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : م .

يَتَلَف . وحكى نحو هذا عن شريك ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ عَلِمَ بِالثَّانِي حِينَ أَقْرَبَ بِالْأَوَّلِ ، وَعَلِمَ أَنَّهُ إِذَا أَقْرَبَهُ بَعْدَ الْأَوَّلِ ، لَا يُقْبَلُ ، ضَمِنَ ؛ لِتَقْوِيَتِهِ حَقَّ غَيْرِهِ بِتَقْرِيطِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ ^(١٣) يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِقْرَارُ بِالْأَوَّلِ إِذَا عَلِمَهُ ، وَلَا يُخَوِّجُهُ إِلَى حَاكِمٍ ، وَمَنْ فَعَلَ الْوَاجِبَ فَقَدْ أَحْسَنَ ، وَلَيْسَ بِخَاتِرٍ ، فَلَا يَضْمَنْ . وقيل : هذا قياسُ قولِ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حنيفة : / إِنْ كَانَ الدَّفْعُ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، دَفَعَ إِلَى الثَّانِي نِصْفَ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ كَالْأَخِذِ مِنْهُ كَرَهَا ، وَإِنْ دَفَعَهُ بِغَيْرِ حَاكِمٍ ، دَفَعَ إِلَى الثَّانِي ثُلُثَ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَى الْأَوَّلِ مَا لَيْسَ لَهُ تَبَرُّعًا . وَلَنَا عَلَى الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ أَقْرَبُ بِمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِقْرَارُ بِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْإِمَامُ يَدَ السَّارِقِ ، فَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ . وَإِنْ أَقْرَبَ بَعْدَهُمَا بِثَالِثٍ ، فَصَدَّقَاهُ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَأَخَذَ رُبْعَ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، إِذَا كَانَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَإِنْ كَذَّبَاهُ ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَأَخَذَ رُبْعَ مَا فِي يَدِ الْمُقَرَّبِ بِهِ ، وَفِي ضَمَانِهِ لَهُ مَا زَادَ التَّفْصِيلُ فِي التِّي قَبْلَهَا . وَعَلَى مِثْلِ قَوْلِنَا قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَبَعْضُ أَهْلِ الْبَصْرَةِ .

فصل : ومتى أُرِدَتْ مَعْرِفَةُ الْفَضْلِ ، فَاضْرِبْ مَسْأَلَةَ الْإِقْرَارِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِنْكَارِ ، ثُمَّ تَضْرِبْ مَا لِلْمُقَرَّبِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِنْكَارِ ، إِذَا كَانَتْ مُتَبَايِنَتَيْنِ ، وَتَضْرِبْ مَا لِلْمُنْكَرِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِنْكَارِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ ، فَمَا كَانَ بَيْنَهُمَا فَهُوَ الْفَضْلُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ فَضْلٌ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ ، كَثَلَاثَةِ إِخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، أَقْرَبَ الْأَخُ مِنَ الْأُمِّ بِأَخٍ أَوْ أُخْتٍ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَسَوَاءٌ أَقْرَبَ بِأَخٍ مِنْ أُمٍّ أَوْ غَيْرِهِ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، إِنْ أَقْرَبَ بِأَخٍ مِنْ أُمٍّ ، فَلَهُ نِصْفُ مَا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ أَقْرَبَ بِأَخٍ مِنْ أَبَوَيْنِ ، فَلِلْمُقَرَّرِ بِهِ خَمْسَةُ أَشْبَاعٍ مَا فِي يَدِهِ . وَإِنْ كُنَّ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، فَأَقْرَبَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ بِأَخٍ ، فَإِنْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ عَصَبَةٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عَصَبَةٌ ، فَلَهُ سُدُسُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهَا ؛ لِأَنَّ مَسْأَلَةَ الْإِنْكَارِ مِنْ خَمْسَةِ ، وَالْإِقْرَارِ مِنْ سِتَّةٍ ، إِذَا ضَرَبْتَ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى ، كَانَتْ ثَلَاثَيْنِ ،

(١٣) في م نهادة : ولم .

لها سهم من مسألة الإنكار ، في مسألة الإقرار ، ستة ، ولها في الإقرار خمسة ، يفضل في يدها سهم ، فهو للأخ من أي جهة كان . وإن أقرت الأخت من الأب بأخ لها ، صحت من تسعين ، لها عشرة ، ويفضل لأخها ثمانية . وإن أقرت بأخ / من أبوين ، دفعت إليه جميع ما في يدها . وإن أقرت بأخ من أم ، أو بأم للميت ، أو جدّة ، أو بعصبة ، فله سدس ما في يدها . وإن خلّف أربع أخوات من أب ، وعمّا ، فأقرت الأخوات بأخ لهنّ ، فلا شيء له ، وإن أقرن بأخت من أبوين ، دفعت إليها ثلاثة أرباع ما في أيديهنّ . وإن أقرن بأخت من أب ، فلها خمس ما في أيديهنّ ، وأيّهنّ أقرت وحدها ، دفعت إليها ممّا في يدها بقدر ذلك . وإن أقرت إحداهنّ بأخ وأخت ، فمسألة الإقرار من سبعة ، والإنكار من ستة ، تضرب إحداهما في الأخرى ، تكن اثنتين وأربعين ، لها سهم في ستة ، وفي يدها سبعة ، يفضل في يدها سهم لهما . وإن أقر الأربع بهما فضل لهما أربعة أسهم ، فإن كان المقرّ بهما يتصادقان ، اقتسماها بينهما أثلاثاً ، فإن تجاحدا ، فلا شيء للأخ ؛ لأنه يُقرّ أنّه لا حقّ له في الثلثين ، ويكون المقرّ به للأخت ؛ لأنها تدعى خمس الثلثين ، وإن جحدته ، ولم يجحدها ، لم يلتفت إلى جحدها ، لإقرار الأخوات المعروفات به^(١٤) ، وإن جحدها ، ولم تجحده ، احتمل أن يكون المقرّ به لها ، لإقراره بأنّه لا يستحقّ شيئاً من الثلثين ، وكونها تدعى من الثلثين مثل هذه الفضلة . ويحتمل أن لا تستحقّ إلا ثلث أربعة الأسهم^(١٥) ، لإقرارها بها للأخ . والأول أولى ، إن شاء الله تعالى . وإن أقر العمّ بأخت ، أو أخوات من أب ، أو أبوين ، فلا شيء لهم . وإن أقر بأخ ، أو أخت من أم ، أو بأم ، أو جدّة ، فللمقرّ له السدس . وإن أقر بأخ من أبوين ، أو من أب ، أو بابتين من ولد الأم ، فلهم جميع ما في يده . وإن خلّف أمّا ، وأخاً من أبوين ، فأقرت الأمّ بأخ من أم ، أو من أبوين ، فله السدس ، وهو نصف ما في يدها . وإن أقرت بأخ من أب ، فصدها الأخ من

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : أسهم .

الأبوين ، فله السُّدُسُ ، وهو نصفُ ما في يدها ، ولا شَيْءَ للمُقرِّ به ^(١٦) ، وإن لم يُصدِّقها ، فقد أقرَّتْ له بما لا يدَّعيه ، فيَحْتَمِلُ أن يُقرَّ في يدها ، ولا يصحُّ إقرارها ، ويَحْتَمِلُ أن يصنطِّلِحا عليه ؛ لأنَّه لا يخرجُ عنهما ، وقد أشكَلَ أمره ، / ويَحْتَمِلُ أن يكونَ لبَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه مالٌ لم يثبتْ له مُستَحِقٌّ ولا يدَّعيه أحدٌ . فإن أقرَّ الأخُ بأخٍ له من أبوين ، فله ثلاثة أثمانٍ ما في يده ؛ لأنَّ مسألة الإقرارِ من اثني عشرَ ، له منها خمسة ، وفي يده ثمانية ، فالفاضلُ في يده ثلاثة .

فصل : إذا حَلَفَ ابْنَيْنِ ، فأقرَّ الأكبرُ بأخوين ، فصدَّقَه الأصغرُ في أحدهما ، ثبتَ نسبُ المُتَّفَقِ عليه ، فصاروا ثلاثة ، فمسألة ^(١٧) الإقرارِ ^(١٨) إذا من ثلاثة ، ومسألة الإنكارِ ^(١٩) من أربعة ، فنضربُ مسألة ^(٢٠) الإقرارِ في مسألة الإنكارِ ، تكُنْ اثني عشرَ ، للأصغرِ سَهْمٌ ، من مسألة الإنكارِ في مسألة الإقرارِ ، أربعة ، وللأكبرِ سَهْمٌ في مسألة الإنكارِ ، ثلاثة ، وللمتَّفَقِ عليه إن أقرَّ بصاحبه مثل سَهْمِ الأكبرِ ، وإن أنكرَ مثل سَهْمِ الأصغرِ . وذكر أبو الخطابُ أنَّ المتَّفَقَ عليه إن صدَّقَ بصاحبه . لم يأخذ من المُنكَرِ إلَّا رُبْعَ ما في يده ؛ لأنَّه لا يدَّعي أكثرَ منه ، ويأخذُ هو والمختلِفُ فيه من الأكبرِ نصفَ ما بيده ، فتصيحُ من ثمانية ؛ للمُنكَرِ ثلاثة أثمانٍ ، وللمُقرِّ سهمانِ ، وللمتَّفَقِ عليه سهمانِ ، ولآخرِ سَهْمٌ . وذكر ابنُ اللَّبانِ أنَّ هذا قياسُ قولِ مالكٍ ، والشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وفي هذا نظَرٌ ؛ لأنَّ المُنكَرَ يُقرُّ أنَّه لا يَسْتَحِقُّ إلَّا الثُلُثَ ، وقد حضرَ مَنْ يدَّعي الزيادةَ ، فوجِبَ دَفْعُها إليه ، ونظيرُ هذا ما لو ادَّعى إنسانٌ دارًا في يد رجلٍ ، فأقرَّ بها لغيره ، فقال المُقرُّ له : إنَّما هي لهذا المدَّعي . فإنَّها تُدفعُ إليه . وقد ردَّ الخَبَرِيُّ على ابنِ اللَّبانِ هذا القولَ ، وقال : على هذا يَبْقَى مع المُنكَرِ ثلاثة أثمانٍ ، وهو لا يدَّعي إلَّا

(١٦) في م : « له » .

(١٧-١٨) سقط من : ١ . نقل نظر .

(١٨) في الأصل : « الإنكار » .

(١٩) في الأصل : « الإقرار » .

الثُّلُثَ ، وقد حَصَرَ مَنْ يَدْعَى هذه الزِّيَادَةَ ، ولا مُنَازَعَ له فيها ، فيجبُ دَفْعُهَا إليه . قال :
والصَّحِيحُ أَنْ يَضُمَّ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ السُّدُسَ الَّذِي يَأْخُذُهُ مِنَ الْمُقَرَّبِ ، فيضُمُّهُ إِلَى النِّصْفِ
الَّذِي يَبِيدُ الْمُقَرَّبَ بِهِمَا ، فيقَسِمَانِهِ أَثْلَاثًا ، وتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ ؛ لِلْمُنْكَرِ ثَلَاثَةٌ ، ولكلِّ واحدٍ
مِنَ الْآخَرَيْنِ سَهْمَانِ . وهذا قولُ أَبِي يَوْسُفَ إِذْ تَصَادَقَا ، ولا يَسْتَقِيمُ^(٢٠) هذا على قول
مَنْ لَمْ يُلْزَمْ الْمُقَرَّبُ أَكْثَرَ مِنَ الْفَضْلِ عَنْ مِيرَاثِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّبَ بِهِمَا ، وَالْمُتَّفَقَ عَلَيْهِ ، / لا يَنْقُصُ
مِيرَاثُهُ عَنِ الرَّبْعِ ، ولم يحصلْ له على هذا القولُ إِلَّا التَّسْعَانِ . وقيل : يَدْفَعُ الْأَكْبَرُ إِلَيْهِمَا
نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ ، وَيَأْخُذُ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَصْغَرِ ثُلْثَ مَا فِي يَدِهِ ، فيحصلُ لِلْأَصْغَرِ
الثُّلُثُ ، وللأكْبَرِ الرَّبْعُ ، وَلِلْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ السُّدُسُ وَالثُّمْنُ ، وَلِلْمُخْتَلَفِ فِيهِ الثُّمْنُ ، وتَصِحُّ
مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعَشْرِينَ ، لِلْأَصْغَرِ ثَمَانِيَّةً ، وَلِلْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ سَبْعَةٌ ، وللأكْبَرِ سِتَّةٌ ، وَلِلْمُخْتَلَفِ
فِيهِ ثَلَاثَةٌ . وفيها أقوالٌ كثيرةٌ سِوَى هذا .

فصل : إِذَا خَلَفَ ابْنًا ، فَأَقَرَّ بِأَخَوَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَتَصَادَقَا ، ثَبَتَ نَسَبُهُمَا . وَإِنْ
تَجَاوَدَا ، فَكَذَلِكَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُمَا ثَبَتَ بِإِقْرَارِ مَنْ هُوَ كُلُّ الْوَرِثَةِ
قَبْلَهُمَا . وَفِي الْآخَرِ ، لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمْ يَصُدِّرْ مِنْ كُلِّ الْوَرِثَةِ ،
وَيَدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلْثَ مَا فِي يَدِهِ . وَإِنْ صَدَّقَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ ، وَجَحَّدَهُ
الْآخَرُ ، ثَبَتَ نَسَبُ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ، وَفِي الْآخَرِ وَجْهَانِ . وَيَدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلْثَ
مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ .

فصل : وَلَوْ خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، فَأَقَرَّ أَحَدَهُمْ بِأَخٍ ، وَأُخْتٍ ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُ أَخَوَيْهِ فِي
الْأَخِ ، وَالْآخَرُ فِي الْأُخْتِ ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُمَا ، وَيَدْفَعُ الْمُقَرَّبَ بِهِمَا إِلَيْهِمَا ثُلْثَ مَا فِي يَدِهِ ،
وَيَدْفَعُ الْمُقَرَّبَ بِالْأَخِ إِلَيْهِ رُبْعَ مَا فِي يَدِهِ ، وَيَدْفَعُ الْمُقَرَّبَ بِالْأُخْتِ إِلَيْهِمَا سَبْعَ مَا فِي يَدِهِ ، فَأَصْلُ
الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ ؛ سَهْمُ الْمُقَرَّبِ يُقَسَّمُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا عَلَى تِسْعَةٍ ، فَلَهُ سِتَّةٌ ، وَلَهُمَا ثَلَاثَةٌ ،
وَسَهْمُ الْمُقَرَّبِ بِالْأَخِ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ، لَهُ ثَلَاثَةٌ وَلِأَخِيهِ سَهْمٌ ، وَسَهْمُ الْمُقَرَّبِ بِالْأُخْتِ بَيْنَهُ

(٢٠) فِي م : ١١ يَقْسَمُ .

وبينها^(٢١) على سبعة^(٢٢) ، له ستة^(٢٣) ، ولها سهم ، وكلها متباينة ، فاضرب أربعة في سبعة ، في تسعة ، في أصل المسألة ، تكن سبعمائة وستة وخمسين ؛ للمقر بهما ستة ، في أربعة ، في سبعة ، مائة وثمانية وستون ، وللمقر بالأخت ستة ، في أربعة ، في تسعة ، مائتان وستة عشر ، وللمقر بالأخ ثلاثة ، في سبعة ، في تسعة ، مائة وتسعة وثمانون ، وللأخ المقر به سهمان ، في أربعة ، / في سبعة ، ستة وخمسون ، وسهم في سبعة^(٢٤) ، في ١٤٥/٦ تسعة ، ثلاثة وستون ، فيجتمع له مائة وتسعة عشر ، وللأخت سهم ، في أربعة ، في سبعة ، ثمانية وعشرون ، وسهم في أربعة ، في تسعة ، ستة وثلاثون ، يجمع لها أربعة وستون ، ولا فرق بين تصادقهما ، وتجاوذا ، لأنه لا فضل في يد أحدهما عن ميراثه . ولو كان في هذه المسألة ابن رابع ، لم يصدق في واحد منهما ، كان أصل المسألة من أربعة^(٢٥) أسهم ، على أحد عشر ، وسهم على تسعة ، وسهم على خمسة ، وسهم ينفرد به الجاحد ، فتصبح المسألة من ألف وتسعمائة وثمانين سهماً ، وطريق العمل فيها كالتي قبلها .

فصل : إذا خلف بنتاً وأختاً ، فأقرنا الصغيرة ، فقالت البنت : هي أخت . وقالت الأخت : هي بنت . فلها ثلث ما في يد الأخت لا غير . وهذا قول ابن أبي ليلى ، ولحمّد ابن الحسن ، واللوثيّ ، ويحيى بن آدم ، تحبيط كثير ، يطول ذكره . وإن خلف امرأة وبنتاً وأختاً ، فأقرن الصغيرة ، فقالت المرأة : هي امرأة . وقالت البنت : هي بنت . وقالت الأخت : هي أخت . فقال الخبري : تُعطي ثلث المال ؛ لأنه أكثر ما يمكن أن يكون لها ، ويؤخذ من المقررات على حسب إقرارهن ، وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين ، وأقرت لها الأخت بأربعة ونصف ، وأقرت المرأة بسهم ونصف ،

(٢١) في م : « وبينها » .

(٢٢) في م : « ستة » .

(٢٣) في م : « خمسة » .

(٢٤) سقط من م .

وذلك عَشْرَةُ أَصْغُرٍ ، لها^(٢٥) منها ثمانية ، وهى أربعة أَعْصَاسِهَا ، فُخْذُهَا من كُلِّ وَاحِدَةٍ
 أَرْبَعَةَ أَصْغُرٍ مَا أَقَرَّتْ لَهَا بِهِ ، وَاضْرِبِ الْمَسْأَلَةَ فِي خَمْسَةِ ، تَكُنْ مِائَةً وَعِشْرِينَ ، وَمِنْهَا
 تَصِيحٌ ، فَإِذَا بَلَغَتِ الصَّغِيرَةُ ، فَصَدَّقْتَ إِخْدَاهُنَّ ، أَخَذْتَ مِنْهَا تَمَامَ مَا أَقَرَّتْ لَهَا بِهِ ،
 وَرَدَّتْ عَلَى الْبَاقِيَتَيْنِ مَا أَخَذْتَهُ مِمَّا لَا تَسْتَحِقُّهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى :
 يُؤْخَذُ لَهَا مِنْ^(٢٦) كُلِّ وَاحِدَةٍ مَا أَقَرَّتْ لَهَا بِهِ . وَإِذَا بَلَغَتْ فَصَدَّقْتَ إِخْدَاهُنَّ ، أَمْسَكَتْ مَا
 أَخَذَتْ لَهَا مِنْهَا ، وَرَدَّتْ عَلَى الْبَاقِيَتَيْنِ الْفَضْلَ الَّذِي لَا تَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِمَا^(٢٧) ،
 وَهَذَا الْقَوْلُ أَصَوَّبٌ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ / تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ اخْتِيَاظٌ عَلَى حَقِّهَا . ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ لِأَبٍ ،
 ادَّعَتْ امْرَأَةٌ أَنَّهَا أُخْتُ الْمَيِّتِ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ ، فَصَدَّقَهَا الْأَكْبَرُ ، وَقَالَ الْأَوْسَطُ : هِيَ أُخْتُ
 لَأُمِّ . وَقَالَ الْأَصْغَرُ : هِيَ أُخْتُ لِأَبٍ . فَإِنَّ الْأَكْبَرَ يَدْفَعُ إِلَيْهَا نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ ، وَيَدْفَعُ
 إِلَيْهَا الْأَوْسَطُ سُدُسَ مَا فِي يَدِهِ ، وَيَدْفَعُ إِلَيْهَا الْأَصْغَرُ سَبْعَ مَا فِي يَدِهِ ، وَتَصِيحٌ مِنْ مِائَةٍ وَسِتَّةٍ
 وَعِشْرِينَ ؛ لِأَنَّ أَصْلَ مَسْأَلَتِهِمْ ثَلَاثَةٌ ، فَمَسْأَلَةُ الْأَكْبَرِ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَالثَّانِي مِنْ سِتَّةٍ ،
 وَالثَّلَاثِ مِنْ سَبْعَةٍ ، وَالْإِثْنَانِ تَدْخُلُ فِي السِّتَّةِ ، فَتَضْرِبُ سِتَّةً فِي سَبْعَةٍ ، تَكُنْ اثْنَيْنِ
 وَأَرْبَعِينَ ، فَهَذَا مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَتَأْخُذُ مِنَ الْأَكْبَرِ نِصْفَهُ أَحَدًا^(٢٨) وَعِشْرِينَ ،
 وَمِنَ الْأَوْسَطِ سُدُسَهُ سَبْعَةً ، وَمِنَ الْأَصْغَرِ سَبْعَةَ سِتَّةٍ ، صَارَ لَهَا أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ . وَهَذَا
 قِيَاسُ قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ تَأْخُذُ سَبْعَ مَا فِي يَدِ الْأَصْغَرِ ، فَيُضَمُّ نِصْفُهُ
 إِلَى مَا بِيَدِ أَحَدِهِمَا ، وَنِصْفُهُ إِلَى مَا بِيَدِ الْآخَرِ ، وَيُقَاسِمُ الْأَوْسَطُ عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، لَهُ
 عَشْرَةٌ ، وَلَهَا ثَلَاثَةٌ ، فَيُضَمُّ الثَّلَاثَةُ إِلَى مَا بِيَدِ الْأَكْبَرِ ، وَيُقَاسِمُهُ مَا بِيَدِهِ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، لَهَا
 ثَلَاثَةٌ ، وَلَهُ سَهْمٌ ، فَاجْعَلْ فِي يَدِ الْأَصْغَرِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ ؛ لِيَكُونَ لِسَبْعِهِ نِصْفٌ صَحِيحٌ ،
 وَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، تَكُنْ مِائَةً وَاثْنَيْنِ وَثَمَانِينَ ، فَهَذَا مَا بِيَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، تَأْخُذُ مِنْ

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) في ١ : « في » .

(٢٧) في م : « عليها » .

(٢٨) في ١ : « إحدى » .

الأصغر سبعة ، وهو ستة وعشرون ، تُضمُّ إلى ما بيد كل واحد من إخوته ثلاثة عشر ، فيصير معه^(٢٩) مائة وخمسة وتسعون ، وتأخذ من الأوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر ، وهي خمسة وأربعون ، تضمُّها إلى ما بيد الأكبر ، يصير معه مائتان وأربعون ، فتأخذ ثلاثة أربعها ، وهي مائة وثمانون ، ويتقى له ستون ، ويتقى للأوسط مائة وخمسون ، وللأصغر مائة وستة وخمسون ، وترجع بالاختصار إلى سدسها ، وهو أحد وتسعون .

فصل : وإذا خلف ابنا ، فأقر بأخ ، ثم جحدّه ، لم يقبل جحدّه ، ولزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده . فإن أقر بعد جحدّه بآخر ، احتمل أن لا يلزمه / له شيء ؛ لأنه لا فضل في يده عن ميراثه . وهذا قول ابن أبي ليلى . فإن كان لم يدفع إلى الأول شيئا ، لزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده ، ولا يلزمه للآخر شيء . ويحتمل أن يلزمه دفع النصف الباقي كله إلى الثاني ؛ لأنه فوته عليه . وهذا قول زفر ، وبعض البصريين . ويحتمل أن يلزمه ثلث ما في يده للثاني ؛ لأنه الفضل الذي في يده ، على تقدير كونهم ثلاثة ، فيصير كالو أقر بالثاني^(٣٠) من غير جحد الأول . وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، رضى الله عنه . وقال أهل العراق : إن كان دفع إلى الأول بقضاء ، دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده ، وإن كان دفعه بغير قضاء ، دفع إلى الثاني ثلث جميع المال . وإن خلف ابنين ، فأقر أحدهما بأخ ، ثم جحدّه ، ثم أقر بآخر ، لم يلزمه للثاني شيء ؛ لأنه لا فضل في يده . وعلى الاحتمال الثاني يدفع إليه نصف ما بقي في يده . وعلى الثالث يلزمه ربع ما بقي في يده . ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ، ويثبت نسب المقر به الأول في المسألة الأولى ، دون الثاني .

فصل : إذا مات رجل ، وخلف ابنين ، فمات أحدهما ، وترك بنتا ، فأقر الباقي بأخ له من أبيه ، ففي يده ثلاثة أرباع المال ، وهو يزعم أن له ربعا ، وسدسا ، فيفضل في يده

(٢٩) في م : « معهم » .

(٣٠) سقط من : م .

ثُلُثٌ يَرُدُّهُ عَلَى الْمُقَرَّبِ بِهِ . وَإِنْ أَقَرَّتْ بِهِ الْبِنْتُ وَحَدَّهَا ، فَفِي يَدِهَا الرُّبْعُ ، وَهِيَ تُزْعَمُ أَنَّ لَهَا السُّدُسَ ، يَفْضَلُ فِي يَدِهَا نِصْفُ السُّدُسِ ، تَدْفَعُهُ إِلَى الْمُقَرَّبِ لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ أَقَرَّ الْأَخُ ، دَفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ أَقَرَّتِ الْبِنْتُ ، دَفَعَتْ إِلَيْهِ خُمْسَةَ أَسْبَاعِ مَا فِي يَدِهَا ؛ لِأَنَّهَا تُزْعَمُ أَنَّ لَهُ رُبْعًا ، وَسُدُسًا ، وَهُوَ خُمْسَةٌ مِنْ اثْنِي عَشَرَ ، وَلَهَا السُّدُسُ ، وَهُوَ سَهْمَانِ ، فَيَصِيرُ الْجَمِيعُ سَبْعَةً ، لَهَا مِنْهَا ^(٣١) سَهْمَانِ ، وَلَهُ خُمْسَةٌ . بَنَتَانِ وَعَمٌّ ، مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا ، وَخَلَفَتْ ابْنًا وَبِنْتًا ، فَأَقَرَّتِ الْبِنْتُ بِخَالَةٍ ، فَفَرِيضَةُ الْإِنْكَارِ مِنْ تِسْعَةٍ ، وَفَرِيضَةُ الْإِقْرَارِ مِنْ سَبْعَةٍ وَعَشْرِينَ ، / وَلَهَا ^(٣٢) مِنْهَا سَهْمَانِ ، وَفِي يَدِهَا ثَلَاثَةٌ ، فَتَدْفَعُ إِلَيْهَا سَهْمًا ، وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا الْابْنُ ، دَفَعَ إِلَيْهَا سَهْمَيْنِ ، وَإِنْ أَقَرَّتْ بِهَا الْبِنْتُ الْبَاقِيَةَ دَفَعَتْ إِلَيْهَا التُّسْعَ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا الْعَمُّ . لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهَا شَيْئًا . وَإِنْ أَقَرَّ الْابْنُ بِخَالٍ لَهُ ، فَمَسْأَلَةُ الْإِقْرَارِ مِنْ اثْنِي عَشَرَ ، لَهُ مِنْهَا سَهْمَانِ ، وَهُمَا السُّدُسُ ، يَفْضَلُ فِي يَدِهِ نِصْفُ تُسْعٍ . وَإِنْ أَقَرَّتْ بِهِ أُخْتُهُ دَفَعَتْ إِلَيْهِ رُبْعَ تُسْعٍ ، فَإِنْ أَقَرَّتْ بِهِ الْبِنْتُ الْبَاقِيَةَ فَلَهَا الرُّبْعُ ، وَفِي ^(٣٣) يَدِهَا الثُّلُثُ ، فَتَدْفَعُ إِلَيْهِ نِصْفَ السُّدُسِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ الْعَمُّ دَفَعَ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَا فِي يَدِهِ . ابْنَانِ ، مَاتَ أَحَدُهُمَا عَنْ بِنْتٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ الْبَاقِي مِنْهُمَا بِأُمِّ لَأْبِيهِ ، فَفَرِيضَةُ الْإِنْكَارِ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِلْمُقَرَّبِ مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا ، وَفَرِيضَةُ الْإِقْرَارِ مِنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، لِلْمُقَرَّبِ مِنْهَا أَرْبَعُونَ ، يَفْضَلُ فِي يَدِهِ أَرْبَعَةُ عَشَرَ سَهْمًا ، يَدْفَعُهَا إِلَى الْمَرْأَةِ الَّتِي أَقَرَّ لَهَا ، وَتَرْجِعُ بِالْاِخْتِصَارِ إِلَى سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ؛ لِلْمُقَرَّبِ مِنْهَا عَشْرُونَ ، وَلِلْبِنْتِ تِسْعَةٌ ، وَلِلْمُقَرَّبِ لَهَا سَبْعَةٌ . وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ تَعْمَلُ كَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْمَعُ سِهَامَ الْأُمِّ ، وَهِيَ سَبْعَةُ عَشَرَ ، إِلَى سِهَامِ الْمُقَرَّبِ ، وَهِيَ أَرْبَعُونَ ، فَتَقْسِمُ عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ ، فَمَا أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ فَهُوَ لَهُ ، فَتَضْرِبُ سَبْعَةً وَخَمْسِينَ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مَائَتَيْنِ وَثَمَانِيَةً وَعِشْرِينَ ، فَلِلْبِنْتِ سَهْمٌ فِي سَبْعَةٍ وَخَمْسِينَ ، وَلِلْمُقَرَّبِ أَرْبَعُونَ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَعِشْرِينَ ، وَلِلْأُمِّ سَبْعَةُ عَشَرَ فِي ثَلَاثَةٍ ، أَحَدُ

(٣١) فِي م : « مِنْهَا » .

(٣٢) فِي أ ، م : « وَلَهَا » .

(٣٣) فِي م : « وَلَوْ » .

وخمسون . وإن أقرت بها البنت ، فلها من فريضة الإقرار خمسة عشر سهماً ، وفي يدها الرُّبْع ، وهو ثمانية عشر ، يفضل في يدها ثلاثة ، تدفعها إلى المقر لها . وإن أقر الابن بزوجته لأبيه ، وهي أم الميِّت الثاني ، فمسألة الإقرار من ستة وتسعين ، له ^(٣٤) منها ستة وخمسون ، وفي يده ^(٣٥) ثلاثة أرباع ، يفضل معه ستة عشر سهماً ، يدفعها إلى المقر لها ، ويكون له ستة وخمسون ، ولها ستة عشر ، وللبنت أربعة وعشرون ، وتُرجع بالاختصار إلى اثني عشر ؛ لأنَّ سهامهم كُلُّها تتفق بالأثمان ، فيكون للمقر سبعة ، وللمقر لها / سهمان ، وللبنت ثلاثة . وفي قول أبي حنيفة : تُضمُّ سهام المقر لها ، وهي تسعة عشر إلى سهام المقر ، فتكون خمسة وسبعين ، وتُقسَّم عليها ثلاثة الأرباع ، وهما يتفقان بالاثلاث ، فترجع السَّهَامُ إلى ثلثها خمسة وعشرين ^(٣٦) ، تُضربها في أربعة ، تكن مائة ، للبنت سهم في خمسة وعشرين ، وللمرأة تسعة عشر في سهم ، وللمقر ستة وخمسون ، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له . أبوان وابنتان ، اقتسموا التركة ، ثم أقرُوا ببنت للميِّت ، فقالت : قد استوفيت نصيبي من تركة أبي . فالفريضة في الإقرار من ثمانية عشر ؛ للأبوين ستة ، ولكل بنت أربعة ، فأسقط منها نصيب البنت المقر بها ، يبقى أربعة عشر ؛ للأبوين منها ستة ، وإثماً أخذوا ثلث الأربعة عشر ، وذلك أربعة أسهم وثلثا سهم ، فيبقى لهما في يد البنتين سهم وثلث ، يأخذانها منها ، فاضرب ثلاثة في أربعة عشر ، تكن اثنين وأربعين ، فقد أخذ الأبوان أربعة عشر ، وهما يستحقان ثمانية عشر ، يبقى لهما أربعة ، يأخذانها منهما ، ويبقى للابنتين أربعة وعشرون ، وإن قالت : قد استوفيت نصف نصيبي . فأسقط سهمين من ثمانية عشر ، يبقى ستة عشر ، قد أخذوا ثلثها ، خمسة وثلثا ، ويبقى لهما ثلثا سهم ، فإذا ضربتها في ثلاثة ، كانت ثمانية وأربعين ، قد أخذوا منها ستة عشر ، يبقى لهما سهمان .

١٤٧/٦ ظ

(٣٤) م : « لها » .

(٣٥) م : « يدها » .

(٣٦) م : « : وعشرون » .

فصل : إذا أقرَّ بعضُ الورثةِ مَنَّ أُعِيلَتْ له المسألةُ بِمَنْ يُعَصِّبُهُ ، فيذهبُ العَوْلُ ، مثلُ مسألةٍ فيها زوجٌ وأختانِ ، أقرَّتْ إحداهما بأخٍ لها ، فاضربتْ مسألةَ الإقرارِ ، وهي ثمانيةٌ ، في مسألةِ الإنكارِ ، وهي سبعةٌ ، تكنُ سِتَّةً وخمسينَ ؛ للمُنكَرَةِ سهمانِ ، في مسألةِ الإقرارِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وللمُقرَّةِ سَهْمٌ في مسألةِ الإنكارِ سَبْعَةٌ ، يُفْضَلُ في يدها تِسْعَةٌ أسهمٍ ، فَيُسَالِ الزَّوْجُ ، فَإِنْ أَتَكَرَّ أُعْطِيَ ثَلَاثَةٌ في ثمانيةٍ ، أربعةً وعَشْرُونَ ، ودفعَتِ المُقرَّةُ إلى المُقرِّ له ما فَضَّلَ في يدها كُلَّهُ ، وإن أقرَّ الزَّوْجُ به فهو يَدْعِي أربعةً ، / والأخُ يَدْعِي أربعةً عَشَرَ ، فتَجْمَعُها تَكُنُ ثمانيةَ عَشَرَ ، وتَقْسِمُ عليها التَّسْعَةَ ، فتدفعُ إلى الزَّوْجِ سَهْمَيْنِ ، وإلى الأخِ سَبْعَةَ ، فَإِنْ أقرَّتِ الأختانِ به ، وأتَكَرَّ الزَّوْجُ ، وهو يَنْكِرُها ، ففيه ثلاثةُ أوجهٍ ؛ أحدها ، أَنْ تُقَرَّرَ في يدِ مَنْ هِيَ في يده ؛ لِأَنَّ إقرارَهُ بَطَلٌ لَعَدَمِ تصديقِ المُقرِّ له . والثَّانِي ، يَصْطَلِحُ عليها الزَّوْجُ والأختانِ ، له نِصْفُها ، ولهما نِصْفُها ؛ لِأَنَّها لَا تَخْرُجُ عنهم ، وَلَا شَيْءَ فيها للأخِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ له فيها شَيْءٌ بِحَالٍ . الثَّالِثُ ، يُؤْخَذُ إلى بَيْتِ المَالِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَمْ يَبْتُثْ له مَالُكَ . ومذهبُ أُمِّي حَنِيفَةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، في الصُّورَةِ الْأُولَى ، إِنْ أَتَكَرَّ الزَّوْجُ ، أَخَذَتِ المُقرَّةُ سَهْمَيْنِها من سَبْعَةٍ ، فتَقْسِمُها بينهما وبين أُخْتِها على ثَلَاثَةٍ ، فتَضْرِبُ ثَلَاثَةً في سَبْعَةٍ ، تَكُنُ أَحَدًا وَعَشْرِينَ ^(٣٧) ، لهما منها سِتَّةٌ ، لها سهمانِ ، ولأُخْتِها أربعةٌ . وَإِنْ أقرَّ الزَّوْجُ ضَمَّ سِهامَهُ إلى سَهْمَيْنِها ، تَكُنُ خَمْسَةً ، واقتَسَمَاها بينهما على سَبْعَةٍ ؛ للزَّوْجِ أربعةً ، وللأخِ سَهْمَانِ ، وللأُخْتِ سَهْمٌ ، ثُمَّ تَضْرِبُ سَبْعَةَ في سَبْعَةٍ ، تَكُنُ تِسْعَةً وَأَرْبَعِينَ ، ومنها تصحُّ ؛ للمُنكَرَةِ سَهْمَانِ في سَبْعَةٍ ، أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، وللزَّوْجِ أربعةً في خَمْسَةٍ ، وللأخِ سهمانِ في خَمْسَةٍ ، وللمُقرَّةِ سَهْمٌ في خَمْسَةٍ . فَإِنْ خَلَفَتْ أُمًّا وَزَوْجًا ، وَأَخْتًا مِنْ أَبٍ ، فَأَقَرَّتِ الْأُخْتُ بِأَخٍ لها ، فمسألةُ الْإِنْكَارِ من ثمانيةٍ ، ومسألةُ الإقرارِ من ثمانيةَ عَشَرَ ، وَيَتَّفَقَانِ بِالْأَنْصَافِ ، فاضربتْ نِصْفَ إحداهما في الْأُخْرَى ، تَكُنُ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ؛ لِلْأُمِّ ثمانيةَ عَشَرَ ، وفي يدِ

(٣٧) في م زيادة : « وعشرين » .

المُقَرَّة^(٣٨) سبعة وعشرون ، ولها من مسألة الإقرار ثمانية ، يُفْضَلُ في يدها تِسْعَةُ عَشَرَ ، فَيَسْأَلُ الزَّوْجَ ، فَإِنْ أَنْكَرَ أَخَذَ الْأَخُ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَيَقِيْتُ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ ، فِيهَا الْأَوْجُهُ الثَّلَاثَةُ ، وَإِنْ أَقَرَّ فَهُوَ يَدْعِي تِسْعَةً ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي تَمَامَ النِّصْفِ ، وَالْأَخُ يَدْعِي سِتَّةَ عَشَرَ ، فَتَضُمُّ التَّسْعَةَ إِلَى سِتَّةَ^(٣٩) عَشَرَ ، تَكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ، وَالتَّسْعَةُ عَشَرَ لَا تُوَافِقُهَا ، فَتَضْرِبُ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ، فِي اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، تَكُنْ أَلْفًا وَثَمَانِمِائَةً ، / ثُمَّ كُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، مَضْرُوبٌ فِي خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ، مَضْرُوبٌ فِي تِسْعَةِ عَشَرَ . وَسُئِلَ الْمَغِيرَةُ الضَّبِّيُّ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَأَجَابَ بِهَذَا ، وَذَكَرَ أَنَّهُ قَوْلُ النَّحْجِيِّ . قَالَ يَحْيَى بْنُ آدَمَ : وَهِيَ فِي قَوْلِ حَمَادٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ مِنْ عِشْرِينَ سَهْمًا .

يعنى للأم رُبْعُهَا خَمْسَةٌ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الزَّوْجِ وَالْأَخِ ، وَالْأُخْتِ ، عَلَى قَدْرِ سِهَامِهِمْ مِنْ فَرِيضَةِ الْإِقْرَارِ ، لِلزَّوْجِ تِسْعَةٌ ، وَلِلْأَخِ أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْأُخْتِ سَهْمَانِ . وَإِنْ صَدَّقَتْهَا الْأُمُّ وَحَدَّهَا دُونَ الزَّوْجِ ، أُعْطِيَتِ الْأُمُّ السُّدُسَ ، وَالْأَخُ وَالْأُخْتُ الثَّلَثَ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَلِلزَّوْجِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، وَيَقِيُّ الثُّمْنُ فِيهِ الْأَوْجُهُ الثَّلَاثَةُ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ وَارِثٌ بَعْدَ لَا يَرِثُ ، وَيَسْقُطُ بِهِ مِيرَاثُهُ ، كَأُخْتٍ مِنْ أَبِي أَقَرَّتْ بِأَخٍ لَهَا ، فِي مَسْأَلَةِ فِيهَا زَوْجٌ وَأُخْتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ ، أَوْ أَقَرَّتْ بِأَخٍ مِنْ أَبَوَيْنِ ، سَقَطَ مِيرَاثُهَا ، وَيُقَسَّمُ الْمَالُ بَيْنَ الزَّوْجِ وَالْأُخْتِ نِصْفَيْنِ ، إِنْ صَدَّقَاها فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ، وَفِي الثَّانِيَةِ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْأَخِ وَالْأُخْتِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ كَذَّبَاها ، فَالْمُقَرَّرُ بِهِ هُوَ السَّعْبُ ، فَفِيهِ الْأَوْجُهُ الثَّلَاثَةُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ، وَيَذْفَعُ إِلَى الْأَبَوَيْنِ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ . وَإِنْ خَلَفَتْ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتَيْنِ لِأُمٍّ وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ ، فَأَقَرَّتْ إِحْدَاهُمَا بِأَخٍ لَهَا ، سَقَطَ مِيرَاثُهَا ، وَلَا شَيْءٌ لِلْأَخِ ، وَلِلْأُخْرَى خُمُسُ الْمَالِ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ سَائِرِ الْوَرَثَةِ عَلَى سِتَّةٍ ، إِنْ أَقَرُّوا فَاضْرِبْ سِتَّةً فِي خَمْسَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثِينَ ، وَإِنْ أَنْكَرَتْ الْأُمُّ ، فَلَهَا الْعُشْرُ أَيْضًا ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الزَّوْجِ

(٣٨) فِي م : د : الْمَقَرَّة .

(٣٩) فِي أ ، م : د : السِّتَّة .

والأختين من الأم على خمسة ، وإن أنكرته الأختان من الأم ، فلهما الخمس أيضا ، والباقي كله للزوج ، وتصح من عشرة ، وإن أنكره الزوج فله خمس وعشر ، فيبقى خمس المال ، لا يدعيه أحد ، يُقرُّون به للأخت المقررة ، وهي تُقرُّ به لهم ، ففيه الأوجه الثلاثة ، إلا أننا إذا قلنا : يُقسَّم بينهم . فلا شيء فيه للأخت المنكرة ، ولا للمقرِّ به بحال ؛ لأنه لا يَحْتَمِلُ أن يكون لهما شيء بحال .

١٤٩/٦ فصل : امرأة وعم / وَصَّى لرجُلٍ بثُلُثِ ماله ، فأقرَّت المرأة والعم ، أنه أخو الميت ، وصدَّقهما ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وأخذ ميراثه . وإن أقرَّت به المرأة وحدها ، فلم يُصدَّقها المقرُّ به ، لم يؤثر إقرارها شيئا ، وإن صدَّقها الأخ وحده ، فللمرأة الربع بكماله ، إلا أن يُجيز الوصية ، وللعَمُ النصف ، ويبقى الربع يُدفع إلى الوصي ، وإن صدَّقها العم ، ولم يُصدَّقها الوصي ، فله الثلث ، وللمرأة الربع ، والباقي يُقرُّ به العم لمن لا يدعيه ، ففيه الأوجه الثلاثة . وإن أقرَّ به العم وحده ، فصدَّقه الموصى له ، أخذ ميراثه ، وهو ثلاثة أرباع المال ، وللمرأة السدس ، ويبقى نصف السدس ، فيَحْتَمِلُ أن يكون لها ؛ لأنَّ الموصى له يعترف ببطلان الوصية ، أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تُجزَّها ، ويَحْتَمِلُ أن يكون فيه الأوجه الثلاثة ، وإن لم يُصدَّقْ ، أخذ الثلث بالوصية ، والمرأة السدس بالميراث ، ويبقى النصف فيه الأوجه الثلاثة .

١٠٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَالْقَاتِلُ لَا يَرِثُ الْمَقْتُولَ ، عَمْدًا كَانَ الْقَتْلُ أَوْ خَطَأً)

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئا ، إلا ما حكي عن سعيد ابن المسيب وابن جبير ، أنهما ورثاه ، وهو رأي الخوارج ؛ لأنَّ آية الميراث تتناولهُ بعمومها ، فيجب العمل بها فيه ، ولا تعويل على هذا القول ؛ لشذوذه ، وقيام الدليل على خلافه . فإنَّ عمر ، رضي الله عنه ، أعطى دية ابن قتادة المذبحي^(١) لأخيه دون

(١) في النسخ : « المذبحي » . والتصويب من مصادر التخريج .

أبيه ، وكان حَدَفَه بِسَيْفِهِ فَقَتَلَهُ . واشتهرت هذه القصةُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فلم تُنْكَرْ ، فكانت إجماعاً ، وقال عمرُ : سمعتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ ، يقول : « لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ » رواه مالِكٌ في مُوطِئِهِ ، والإمامُ أحمدُ بإسنادِهِ^(٢) . وَرَوَى عمرو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّهِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ نحوه . رواه ابنُ اللَّبَّانِ بإسنادِهِ ، ورواهما ابنُ عبدِ البرِّ في « كتابِهِ » . وَرَوَى ابنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَإِنَّهُ لَا يَرِثُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ ، وَإِنْ كَانَ وَالِدُهُ أَوْ وَلَدُهُ ، فَلَيْسَ لِقَاتِلِ مِيرَاثٌ » . رواه الإمامُ أحمدُ بإسنادِهِ^(٣) ، / ولأنَّ تَوَرِثَ الْقَاتِلِ يُفْضِي إِلَى تَكْثِيرِ الْقَتْلِ ؛ لأنَّ الْوَارِثَ رَبِّمَا اسْتَعْجَلَ مَوْتَ مَوْرُوثِهِ ، لِيَأْخُذَ مَالَهُ ، كما فعلَ الْإِسْرَائِيلِيُّ الَّذِي قَتَلَ عَمَّهُ ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ قِصَّةَ الْبَقْرَةِ . ويُقالُ^(٤) : ما وَرِثَ قَاتِلٌ بَعْدَ عَامِلٍ ، وهو اسمُ الْقَتِيلِ . فَأَمَّا الْقَتْلُ خَطَأً ، فذهب كثيرٌ من أَهْلِ الْعِلْمِ إلى أَنَّهُ لَا يَرِثُ أَيْضًا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمْرِ ، وَعَلِيٍّ ، وَزَيْدٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ ، وَرَوَى نحوه عن أبي بكرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وبه قال شَرِيحٌ ، وَعُرْوَةُ ، وَطَاوُسٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَشَرِيكٌ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَوَكَيْعٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَيَحْيَى بْنُ آدَمَ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَوَرِثَهُ قَوْمٌ مِنَ الْمَالِ دُونَ الدِّيَةِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَعَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَكْحُولٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي ذَنْبٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَدَاوُدَ . وَرَوَى نحوه عَنْ عَلِيٍّ ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ ثَابِتٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ،

(٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه ، من كتاب العقول . الموطأ ٢ / ٨٦٧ .
والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ديات الأعضاء ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٢ / ٤٩٦ . وابن ماجه ، في : باب القاتل لا يرث ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٨٤ .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب لا يرث القاتل ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٠ . وليس في مسند الإمام أحمد . وانظر : إرواء الغليل ٦ / ١١٨ ، ١١٩ .

(٤) في م : « وقيل » .

تَخَصُّصَ قَاتِلِ الْعَمْدِ بِالْإِجْمَاعِ ، فَوَجَبَ الْبَقَاءُ عَلَى الظَّاهِرِ فِيمَا سِوَاهُ . وَلَنَا ؛ الْأَحَادِيثُ الْمَذْكُورَةُ ، وَلَأنَّ مَنْ لَا يَرِثُ مِنَ الدِّيَةِ لَا يَرِثُ مِنْ غَيْرِهَا ، كَقَاتِلِ الْعَمْدِ ، وَالْمُخَالِفِ فِي الدِّينِ ، وَالْعُمُومَاتُ مُخَصَّصَةٌ بِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَالْقَتْلُ الْمَانِعُ مِنَ الْإِرْثِ هُوَ الْقَتْلُ بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَهُوَ الْمَضْمُونُ بِقَوْدٍ ، أَوْ دِيَّةٍ ، أَوْ كَفَّارَةٍ ، كَالْعَمْدِ ، وَشِبْهِ الْعَمْدِ ، وَالْخَطَأُ ، وَمَا أُجْرِيَ^(٥) مُجْرَى الْخَطَأِ ؛ كَالْقَتْلِ بِالسَّبَبِ ، وَقَتْلِ الصَّبِيِّ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالتَّائِمِ ، وَمَا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ بِشَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا لَمْ يَمْنَعِ الْمِيرَاثَ ؛ كَالْقَتْلِ قِصَاصًا أَوْ حَدًّا ، أَوْ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، وَقَتْلِ الْعَادِلِ الْبَاغِيِّ ، أَوْ مَنْ قَصَدَ مَصْلَحَةَ مُوَلِّيهِ بِمَا لَهُ فِعْلُهُ ؛ مِنْ سَفَى دَوَاءٍ ، أَوْ بَطَّ خُرَاجٍ ، فَمَاتَ . وَمَنْ أَمَرَهُ إِنْسَانٌ عَاقِلٌ كَبِيرٌ بِبَطِّ خُرَاجِهِ ، أَوْ قَطْعِ سَلْعَةٍ مِنْهُ ، فَتَلَفَ بِذَلِكَ ، وَرَثَهُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . قَالَ أَحْمَدُ : / إِذَا قَتَلَ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ فِي الْحَرْبِ يَرِثُهُ . وَنَقَلَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ عَنْ ١٥٠/٦ أَحْمَدَ ، فِي أَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ عَلَى اخْتِيهِمُ بِالرِّثَى ، فَرَجِمَتْ ، فَرَجَمُوا مَعَ النَّاسِ : يَرِثُونَهَا هُمْ غَيْرُ قَتْلَةٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، تُدَلُّ عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ بِكُلِّ حَالٍ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رَوَايَةِ ابْنَيْهِ صَالِحٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ : لَا يَرِثُ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ ، وَلَا يَرِثُ^(٦) الْبَاغِيُّ الْعَادِلَ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ بِكُلِّ حَالٍ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، أَخَذَ بِظَاهِرِ لَفْظِ الْحَدِيثِ ، وَلَأنَّهُ قَاتِلٌ ، فَأَشْبَهَ الصَّبِيَّ ، وَالْمَجْنُونَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ : كُلُّ قَتْلٍ لَا مَأْثَمَ فِيهِ لَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ ، كَقَتْلِ الصَّبِيِّ ، وَالْمَجْنُونِ وَالتَّائِمِ ، وَالسَّاقِطِ عَلَى إِنْسَانٍ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ مِنْهُ ، وَسَائِقِ الدَّائِيَّةِ ، وَقَائِدِهَا ، وَرَاكِبِهَا ، إِذَا قَتَلَتْ بِيَدِهَا ، أَوْ فِيهَا ، فَإِنَّهُ يَرِثُهُ ؛ لِأنَّهُ قَتَلَ غَيْرَ مُتَّهِمٍ فِيهِ ، وَلَا مَأْثَمَ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الْقَتْلَ فِي الْحَدِّ . وَلَنَا ، عَلَى أَيْ حَنِيفَةٍ وَأَصْحَابِهِ عَمُومُ الْأَخْبَارِ ، خَصَّصْنَا مِنْهَا الْقَتْلَ الَّذِي لَا يُضْمَنُ ، فَفِيمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى مُقْتَضَاهَا ، وَلَأنَّهُ قَتَلَ مَضْمُونٍ فَيَمْنَعُ الْمِيرَاثَ كَالْخَطَأِ . وَلَنَا ، عَلَى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ فِعْلٌ مَأْذُونٌ فِيهِ ، فَلَمْ يَمْنَعِ الْمِيرَاثَ ، كَمَا لَوْ أَطْعَمَهُ أَوْ سَقَاهُ

(٥) فِي م : « جَرَى » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

بأخياره ، فأفضى إلى تَلْفِهِ ، ولأنَّهُ حُرِّمَ الميراثُ في مَحَلِّ الوَفَاقِ ، كَيْلَا يُفْضَى إلى إِبْجَادِ القَتْلِ المُحَرَّمِ ، وَزَجْرًا عن إغْدَامِ النَّفْسِ المَعْصُومَةِ ، وفي مَسْأَلَتِنَا جِرْمَانُ الميراثِ يَمْنَعُ إقَامَةَ الحدودِ الواجِبَةِ ، واستيفَاءَ الحُقُوقِ المَشْرُوعَةِ ، ولا يُفْضَى إلى إِبْجَادِ قَتْلِ مُحَرَّمٍ ، فهو ضِدٌّ ما ثَبَتَ في الأَصْلِ ، ولا يَصُحُّ القِيَّاسُ على قَتْلِ الصَّبِيِّ ، والمجنون ؛ لأنَّهُ قَتْلٌ مُحَرَّمٌ ، وتقويْتُ نَفْسٍ مَعْصُومَةٍ ، والتوريثُ يُفْضَى إليه ، بخلافِ مَسْأَلَتِنَا . إذا ثَبَتَ هذا ، فالْمُشَارِكُ في القَتْلِ في الميراثِ كَالْمُنْفَرِدِ به ؛ لأنَّهُ يَلْزَمُهُ مِنَ الضَّمَانِ بِحَسَبِهِ ، فلو شَهِدَ على مَوْرُوثِهِ مع جَمَاعَةٍ ظُلْمًا فَقَتِلَ ، لم يَرِثْهُ ، وإن شَهِدَ بِحَقِّ ، وَرِثْهُ ؛ لأنَّهُ غَيْرُ مَضمُونٍ .

فصل : أربعة إخوة ، / قَتَلَ أَكْبَرُهُمُ الثَّانِي ، ثم قَتَلَ الثَّالِثُ الأصْغَرَ ، سَقَطَ ١٥٠/٦ ظ
القِصَاصُ عَنِ الأَكْبَرِ ؛ لَأَنَّ ميراثَ الثَّانِي صارَ لِلثَّالِثِ والأصْغَرِ نِصْفَيْنِ ، فَلَمَّا قَتَلَ الثَّالِثُ الأصْغَرَ لم يَرِثْهُ ، وَوَرِثَهُ الأَكْبَرُ ، فَرَجَعَ إليه نِصْفُ دَمِ نَفْسِهِ ، وميراثُ الأصْغَرِ جَمِيعُهُ ، فسَقَطَ عنه القِصَاصُ ، لميراثِهِ بعضُ دَمِ نَفْسِهِ ، وله القِصَاصُ على ^(٧) الأصْغَرِ ، وَرِثْهُ في ظَاهِرِ المَذْهَبِ ، فَإِنْ اقْتَصَّ مِنْهُ وَرِثْهُ ، وَبَرِثَ إِخْوَتَهُ الثَّلَاثَةَ . ولو أَنَّ ابْنَيْنِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا أَحَدَ أَبَوَيْهِمَا ، وهما زَوْجَانِ ، ثم قَتَلَ الآخَرُ أَبَاهُ الآخَرَ ، سَقَطَ القِصَاصُ عَنِ القَاتِلِ الأوَّلِ ، وَوَجَبَ عَلَى القَاتِلِ الثَّانِي ؛ لَأَنَّ الأوَّلَ لَمَّا قَتَلَ أَبَاهُ ، وَرِثَ مَالَهُ وَدَمَهُ أَخُوهُ وَأُمُّهُ ، فَلَمَّا قَتَلَ الثَّانِي أُمَّهُ ، وَرِثَهَا قَاتِلُ الأَبِ ، فصارَ لَهُ مِنْ دَمِ نَفْسِهِ ثُمْنُهُ ، فسَقَطَ القِصَاصُ عَنْهُ لذلِكَ ، وله القِصَاصُ عَلَى الآخَرِ ، فَإِنْ قَتَلَهُ وَرِثَهُ في ظَاهِرِ المَذْهَبِ . وإن جَرَحَ ^(٨) أَحَدُهُمَا أَبَاهُ ، والآخَرُ أُمَّهُ ، وماتا في حَالٍ وَاحِدَةٍ ، ولا وَارِثَ لهما سِوَاهُما ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالُ الذِي لم يَقْتُلْهُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا القِصَاصُ عَلَى صاحِبِهِ . وكذلك لو قَتَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَحَدَ الأبَوَيْنِ ، ولم يَكُونَا زَوْجَيْنِ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا القِصَاصُ عَلَى أَخِيهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَحَدُهُمَا الاستِيفَاءَ إِلَّا بِإِبْطَالِ حَقِّ الآخَرِ فيسْقُطَانِ . وإن عفا أَحَدُهُما عن

(٧) في الزيادة : « الذي قتله » .

(٨) في النسخ : « خرج » .

الآخر ، فلآخر قتل العافى ، ويرثه فى الظاهر . وإن بادر أحدهما فقتل أخاه ، سقط
القصاصُ عنه ، وورثه فى الظاهر عنه ، ويَحْتَمَلُ ألا يرثه ، ويَجِبُ القصاصُ عليه بقتله ؛
لأنَّ القصاصينَ لَمَّا تساويا ، وتعدَّرَ الجمعُ بين استيفائهما ، سقطا ، فلم يَبْقَ لهما
حُكْمٌ ، فيكونُ المُستوفى منهما مُعْتَدِيًا باستيفائه ، فلا يَرِثُ أخاه ، ويَجِبُ القصاصُ
عليه بقتله . وإن أشكلَ كَيْفِيَّةُ مَوْتِ الأبوين ، وأدعى كُلُّ واحدٍ منهما أَنَّ قَتِيلَهُ أَوَّلُهُما موْتًا ،
خُرَجَ فى تَوْرِيثهما ، ما ذَكَرناه فى العَرَقِ ، من تَوْرِيثِ كُلِّ واحدٍ من المَيِّتَيْنِ من الآخرِ ،
/ ثم يَرِثُ كُلُّ واحدٍ منهما بَعْضُ دَمِ نَفْسِهِ ، فيسْقُطُ القصاصُ عنهما . ومن لا يَرى ذلك ،
فالجوابُ فيها كالتي قبلها . وَيَحْتَمَلُ أن يَسْقُطَ القصاصُ بِكُلِّ حالٍ ؛ للشُّبْهَةِ ، وأن^(٩)
يكونَ لِكُلِّ واحدٍ دِيَّةُ الآخرِ وماله .

١٠٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَرِثُ مُسْلِمٌ كَافِرًا ، وَلَا كَافِرٌ مُسْلِمًا ، إِلَّا أَنْ
يَكُونَ مُعْتَقًا ، فَيَأْخُذَ مَالَهُ بِالْوَلَاءِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على أَنَّ الكافرَ لا يَرِثُ المُسْلِمَ . وقالَ جمهورُ الصَّحابةِ والفقهاءُ : لا
يَرِثُ المُسْلِمُ الكافرَ . يُروى هذا عن أبى بكرٍ ، وعمرَ ، وعثمانَ ، وعليٍّ ، وأَسامةَ بنِ
زَيْدٍ ، وجابرِ بنِ عبدِ اللَّهِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وبه قالَ عمرو بنُ عثمانَ^(١) ، وعُروَةُ ،
والزُّهْرِيُّ ، وعطاءٌ ، وطاوسٌ ، والحسنُ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وعمرو بنُ دينارٍ ،
والثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفةً ، وأصحابُهُ ، ومالكٌ ، والشافِعِيُّ ، وعامةُ الفقهاءِ . وعليه
الْعَمَلُ . وَروى عن عمرَ ، ومُعَاذٍ ، ومعاويةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ وَرَّثُوا المُسْلِمَ من
الكافرِ ، ولم يُورَثُوا الكافرَ من المُسْلِمِ . وَحَكَى ذلكَ عن محمدِ بنِ الحَنْفِيَّةِ ، وعليٍّ بنِ
الحسينِ ، وسعيدِ بنِ المسيَّبِ ، ومُسْرُوقٍ ، وعبدِ اللَّهِ بنِ مَعْقِلٍ ، والشَّعْبِيِّ ، والنَّخَعِيِّ ،
ويحيى بنِ يَعْمُرَ ، وإسحاقَ . وليس بموثوقٍ به عنهم . فَإِنَّ أَحْمَدَ قالَ : ليس بين الناسِ

(٩) سقط من : الأصل ، ١ .

(١) عمرو بن عثمان بن عفان الأموى ، من كبار التابعين ، ثقة . تهذيب التهذيب ٨ / ٧٨ ، ٧٩ .

اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر . وروى أن يحيى بن يعمر احتج لقوله ، فقال :
 حدثني أبو الأسود ، أن معاذاً حدثه ، أن رسول الله ﷺ قال : « الإسلام يزيد ولا
 ينقص »^(٣) . ولأننا ننكح نساءهم ، ولا ينكحون نساءنا ، فكذلك نرثهم ، ولا يرثوننا .
 ولنا ؛ ما روى أسامة بن زيد ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لا يرث الكافر المسلم ، ولا
 المسلم الكافر » . متفق عليه^(٤) . وروى أبو داود بإسناده : عن عمرو بن شعيب ، عن
 أبيه ، عن جده عبد الله بن عمرو ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يتوارث أهل ملتين
 شتى »^(٥) . ولأن الولاية منقطعة بين / المسلم والكافر ، فلم يرثه ، كما لا يرث الكافر
 المسلم . فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يسلم ، وبما يفتح من البلاد
 لأهل الإسلام ، ولا ينقص بمن يرتد ، لقلّة من يرتد ، وكثرة من يسلم ، وعلى أن حديثهم
 مجمل ، وحديثنا مفسر ، وحديثهم لم يتفق على صحته ، وحديثنا متفق عليه ، فتعين
 تقديمه . والصحيح عن عمر ، أنه قال : لا ترث أهل الملل ، ولا يرثوننا^(٦) . وقال في
 عمّة الأشعث : يرثها أهل دينها^(٧) . فأما المعتق إذا خالف دينه دين معتقه ، فسنذكره

١٥١/٦ ظ

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب هل يرث المسلم الكافر ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٣ . والإمام
 أحمد ، في : المسند ٥ / ٢٣٠ ، ٢٣٦ .
 (٣) أخرجه البخاري ، في : باب أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح ، من كتاب المغازي ، وفي : باب لا يرث المسلم
 الكافر ... ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ٥ / ١٨٧ ، ٨ / ١٩٤ . ومسلم ، في : كتاب الفرائض ،
 صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٣ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : باب هل يرث المسلم الكافر ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٣ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى
 ٨ / ٢٥٧ . وابن ماجه ، في : باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه
 ٢ / ٩١٢ . والدارمي ، في : باب في ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي
 ٢ / ٣٧٠ ، ٣٧١ . والإمام مالك ، في : باب ميراث أهل الملل ، من كتاب الفرائض . الموطأ ٢ / ٥١٩ . والإمام
 أحمد ، في : المسند ٥ / ٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٠٩ .
 (٤) في : باب هل يرث المسلم الكافر ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٣ .
 كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه
 ٢ / ٩١٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٧٨ ، ١٩٥ .
 (٥) أخرجه الدارمي ، في : باب ميراث أهل الشرك ، وأهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي
 ٢ / ٣٦٩ . وسعيد بن منصور ، في : باب لا يتوارث أهل ملتين . السنن ١ / ٦٦ .

في بابِ الولاءِ ، إن شاء الله تعالى .

فصل : فأما الكُفَّارُ فيتوارثون ، إذا كان دينهم واحداً ، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، وقول النبي ﷺ : « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ » دليل على أن بعضهم يرث بعضاً . وقوله : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى » . دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضاً . وقول النبي ﷺ : « وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ دَارٍ »^(٦) . دليل على أن عقيلاً ورث أبا طالب ذون جعفر ، وعلي ؛ لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيلاً على دين أبيه ، مقيماً بمكة ، فباع رباغه بمكة ، فلذلك لما قيل للنبي ﷺ : أين تنزل غدا ؟ قال : « وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ »^(٧) . وقال عمرُ في عمّة الأشعث بن قيس : يرثها أهل دينها . فإن اختلفت أديانهم ، فاختلف^(٨) عن أحمد ، فروى عنه ، أن الكفر كله ملة واحدة ، يرث بعضهم بعضاً . رواه عنه حرب ، واختاره الخلال . وبه قال حماد ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وداود ؛ لأن توريث الآباء من الأبناء ، والأبناء من الآباء ، مذكور في كتاب الله تعالى ذكراً عاماً ، فلا يترك إلا فيما استثناه / الشرع ، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم ، ولأن قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَظْمِهِمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضُهُمْ ﴾^(٨) . عام في جميعهم . وروى عن أحمد ، أن الكفر مللٌ مختلفة ، لا يرث بعضهم بعضاً . اختاره أبو بكر ، وهو قول كثير من أهل العلم ؛ لأن قول النبي ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى » . ينفي توارثهما ، ويخص عموم الكتاب ، ولم نسمع عن أحمد تصريحاً بذكر أقسام الملل . وقال القاضي أبو يعلى : الكفر ثلاث ملل : اليهودية ، والنصرانية ، ودين من عداهم ؛ لأن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم . وهذا قول شريح ، وعطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والضحاك ، والحكم ، والثوري ،

(٦) تقدم تحريجه في : ٦ / ٣٦٥ .

(٧) أى النقل .

(٨) سورة الأنفال ٧٣ .

واللَّيْثُ ، وَشَرِيكُ ، وَمُعِيْرَةُ الضُّبِّيِّ^(٩) ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَوَكَيْعٌ .
وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَرَوَى عَنْ النَّحَّيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، الْقَوْلَانِ مَعًا . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ
أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنْ يَكُونَ الْكُفْرُ مِلًّا كَثِيرَةً ، فَتَكُونَ الْمَجُوسِيَّةُ مِلَّةً ، وَعِبَادَةُ
الْأَوْثَانِ مِلَّةً أُخْرَى ، وَعِبَادَةُ الشَّمْسِ مِلَّةً ، فَلَا يَرِثُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ
عَلِيٍّ . وَبِهِ قَالَ الزُّهْرِيُّ ، وَرَبِيعَةُ ، وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ ، وَإِسْحَاقُ ،
وَهُوَ أَصَحُّ الْأَقْوَالِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ
شَتَى » . وَلَآنَ كُلُّ فَرِيقَيْنِ مِنْهُمْ لَا مُوَالَاةَ بَيْنَهُمْ ، وَلَا اتِّفَاقَ فِي دِينٍ ، فَلَمْ يَرِثْ بَعْضُهُمْ
بَعْضًا ، كَالْمُسْلِمِينَ وَالْكَفَّارِ ، وَالْعُمُومَاتُ فِي التَّوْرِيثِ مَخْصُوصَةٌ ، فَيُخَصُّ مِنْهَا مَحَلُّ
النِّزَاجِ بِالْخَبَرِ وَالْقِيَاسِ ، وَلَآنَ مُخَالِفِينَا قَطَعُوا التَّوْرِيثَ^(١٠) بَيْنَ أَهْلِ الْحَرْبِ وَأَهْلِ دَارِ
الْإِسْلَامِ ، مَعَ اتِّفَاقِهِمْ فِي الْمِلَّةِ ، لَا نَقْطَاعَ الْمُوَالَاةِ ، فَمَعَ اخْتِلَافِ الْمِلَّةِ أَوَّلَى . وَقَوْلُ مَنْ
حَصَرَ الْمِلَّةَ بِعَدَمِ الْكِتَابِ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ هَذَا وَصَفٌ عَدَمِيٌّ ، لَا يَقْتَضِي حُكْمًا ،
وَلَا جَمْعًا ، ثُمَّ لَا بُدَّ لِهَذَا الضَّابِطِ مِنْ دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِهِ ، ثُمَّ قَدْ افْتَرَقَ حُكْمُهُمْ ، فَإِنَّ
الْمَجُوسَ يَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ ، وَغَيْرَهُمْ لَا يَقْرُءُ بِهَا ، وَهُمْ مُخْتَلِفُونَ فِي مَعْبُودَاتِهِمْ ،
وَمُعْتَقَدَاتِهِمْ ، وَأَرَائِهِمْ ، يَسْتَحِلُّ بَعْضُهُمْ دِمَاءَ / بَعْضٍ ، وَيَكْفُرُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ،
فَكَانُوا مِلًّا كَالْيَهُودِ وَالنَّصَارَى . وَقَدْ رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَإِنَّ إِسْمَاعِيلَ
ابْنَ أَبِي خَالِدٍ ، رَوَى عَنِ الشَّعْبِيِّ ، عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ جَعَلَ الْكُفْرَ مِلًّا مُخْتَلِفَةً .
وَلَمْ يُعْرِفْ لَهُ مُخَالَفٌ فِي الصَّحَابَةِ ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا .

١٥٢/٦ ط

فصل : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي ، أَنَّ الْمِلَّةَ الْوَاحِدَةَ يَتَوَارَثُونَ ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ
دِيَارُهُمْ ؛ لِأَنَّ الْعُمُومَاتِ مِنَ النُّصُوصِ تَقْتَضِي تَوْرِيثَهُمْ ، وَلَمْ يَرِدْ بِتَخْصِيصِهِمْ نَصٌّ ، وَلَا
إِجْمَاعٌ ، وَلَا يَصِحُّ فِيهِمْ قِيَاسٌ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِعُمُومِهَا . وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ :

(٩) فِي م : « وَالضُّبِّيُّ » . وَهُوَ الْمُغِيرَةُ بْنُ مِقْسَمٍ الضُّبِّيُّ مَوْلَاهُمْ ، مِنْ فُقَهَاءِ التَّابِعِينَ بِالْكُوفَةِ ، مَاتَ بَعْدَ سَنَةِ ثَلَاثِينَ
وَمِائَةٍ . طَبَقَاتُ الْفُقَهَاءِ لِلشَّيْخِ الرَّازِيِّ ٨٣ ، تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ١٠ / ٢٦٩ - ٢٧١ .

(١٠) فِي م : « التَّوَارِثُ » .

« لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى » . أَنَّ أَهْلَ الْمِلَّةِ الْوَاحِدَةِ يَتَوَارَثُونَ . وَضَبْطُهُ ^(١١) التَّوْرِيثُ بِالْمِلَّةِ وَالْكَفْرِ وَالْإِسْلَامِ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ مُقْتَضَى التَّوْرِيثِ مَوْجُودٌ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ ، مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى تَحَقُّقِ الْمَانِعِ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ ، فِي مَنْ دَخَلَ إِلَيْنَا بِأَمَانٍ فَقُتِلَ ، أَنَّهُ يُبْعَثُ بِدَيْتِهِ إِلَى مَلِكِهِمْ حَتَّى يَدْفَعَهَا إِلَى وَرَثَتِهِ ^(١٢) . وَقَدْ رَوَى أَنَّ عَمْرُو بْنَ أُمَيَّةَ كَانَ مَعَ أَهْلِ بَيْتِ مَعُونَةَ ، فَسَلِمَ وَرَجَعَ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَوَجَدَ رَجُلَيْنِ فِي طَرِيقِهِ مِنَ الْحَيِّ الَّذِي قَتَلُوهُمْ ، وَكَانَا أَتْيَا النَّبِيَّ ﷺ فِي أَمَانٍ ، وَلَمْ يَعْلَمْ عَمْرُو ، فَقَتَلَهُمَا ، فَوَدَّاهُمَا النَّبِيُّ ﷺ ^(١٣) . وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ بَعَثَ بِدَيْتِهِمَا إِلَى أَهْلِهِمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي ، أَنَّهُ لَا يَرِثُ حَرْبِيُّ ذِمِّيًّا ، وَلَا ذِمِّيٌّ حَرْبِيًّا ؛ لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ بَيْنَهُمَا مُنْقَطِعَةٌ ، فَأَمَّا الْمُسْتَأْمَنُ فِيرِثُهُ أَهْلُ الْحَرْبِ ، وَأَهْلُ دَارِ الْإِسْلَامِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، إِلَّا أَنَّ الْمُسْتَأْمَنَ لَا يَرِثُهُ الذِّمِّيُّ ؛ لِأَنَّ دَارَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَرِثُ أَهْلُ الْحَرْبِ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، سِوَاءَ اتَّفَقَتْ دِيَارُهُمْ ، أَوْ اخْتَلَفَتْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا اخْتَلَفَتْ دِيَارُهُمْ ، بِحَيْثُ كَانَ لِكُلِّ طَائِفَةٍ مَلِكٌ ، وَيَرَى بَعْضُهُمْ قَتْلَ بَعْضٍ ، لَمْ يَتَوَارَثَا ؛ لِأَنَّهُمْ لَا مُوَالَاةَ بَيْنَهُمْ ، أَشْبَهَ أَهْلَ دَارِ الْحَرْبِ ، فَجَعَلُوا اتِّفَاقَ الدَّارِ ، وَاخْتِلَافَهَا / ضَابِطًا لِلتَّوْرِيثِ ، وَعَدِمِهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا كُلِّهِ ^(١٤) حُجَّةً مِنْ كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ ، مَعَ مُخَالَفَتِهِ لِعُمُومِ النَّصِّ الْمُقْتَضِي لِلتَّوْرِيثِ ، وَلَمْ يَتَّبِعُوا الدِّينَ فِي اتِّفَاقِهِ ، وَلَا اخْتِلَافِهِ ، مَعَ وُرُودِ الْخَبَرِ فِيهِ ، وَصِحَّةِ الْعَبْرَةِ فِيهَا ، فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ يَرِثُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الدَّارُ بِهِمْ ، فَكَذَلِكَ الْكُفَّارَ . وَلَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرًا ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمًا ؛ لِاخْتِلَافِ الدِّينِ بِهِمْ ، وَكَذَلِكَ لَا يَرِثُ مُخْتَلِفَا الدِّينِ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا .

١٥٣/٦

(١١) في م بعد هذا زيادة : « يتوارث أهل ملتين شتى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون » إعادة .

(١٢) في م : « الورثة » .

(١٣) انظر : السيرة النبوية ٣ / ١٨٦ .

(١٤) سقط من : الأصل ، ١ .

١٠٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَالْمُتَرَدُّ لَا يَرِثُ أَحَدًا ، إِلَّا أَنْ يَرْجَعَ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن المترد لا يرث أحداً . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم عن غيرهم خلافاً ؛ وذلك لأنه لا يرث مسلماً ، لقول النبي ﷺ : « لَا يَرِثُ كَافِرٌ مُسْلِمًا »^(١) . ولا يرث كافراً ؛ لأنه يخالفه في حكم الدين ؛ لأنه لا يقر على كفره ، فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل إليه ، ولهذا لا تجل ذبيحتهم ، ولا نكاح نسائهم ، وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب . ولأن المترد تزول أملاكه الثابتة له واستقرأها ، فلأن لا يثبت له ملك أول . ولو ارتد متوثران ، فمات أحدهما ، لم يرثه الآخر ، فإن المترد لا يرث ، ولا يورث . وإن رجع المترد إلى الإسلام قبل قسم الميراث ، قسم له ، على ما سنذكره في المسألة التي بعدها ، إن شاء الله تعالى .

فصل : والزنديق كالمترد فيما ذكرنا . والزنديق هو الذي يظهر الإسلام ويستسِر بالكفر ، وهو المنافق ، كان يسمى في عصر النبي ﷺ منافقاً ، ويسمى اليوم زنديقاً . قال أحمد : مأل الزنديق في بيت المال .

فصل : إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول ، انفسخ النكاح في الحال ، ولم يرث أحدهما الآخر ، وإن كانت ردة / بعد الدخول ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يتعجل الفرقة . والأخرى ، يقف على انقضاء العدة ، وأيهما مات لم يرثه الآخر^(٢) . وحكم ردتهم جميعاً كحكم ردة أحدهما ، في فسخ النكاح ، وامتناع الميراث . وقال أهل

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥ .

(٢) من هنا إلى نهاية الفصل سقط من : ١ ، م . وكتب على حاشية الأصل بقلم مختلف : مكرر فيما يأتي بعد إن شاء الله . وهو سيأتي بتفصيل أكثر في الفصل الثاني من المسألة التالية ، كما يأتي تفصيل ميراث الزنديق الذي سبق الحديث عنه في الفصل السابق ، يأتي تفصيله في الفصل الأول من المسألة التالية .

العراق : إذا ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ معاً ، فهما على النِّكَاح ؛ لَأَنَّ دَيْنَهُمَا لم يَخْتَلِفْ ، فَأُشْبِهَا الكَافِرَيْنِ الْأَصْلِيِّينَ ، إِلَّا أَنَّهُمَا لَا يَتَوَارَثَانِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لَأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَرِثُ الْمُرْتَدَّ مادامَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ لَحِقَا بِدَارِ الْحَرْبِ تَوَارَثَا ؛ لَأَنَّ حُكْمَهُمَا صَارَ كَحُكْمِ أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا لَا يَتَوَارَثَانِ فِي دَارِ الْحَرْبِ كَالْمُسْلِمِ مَعَ الْكَافِرِ .

١٠٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ ، قُسِمَ لَهُ)

اختلفت الرواية في مَنْ أَسْلَمَ قَبْلَ قَسْمِ مِيرَاثٍ مَوْرُوثِهِ الْمُسْلِمِ ؛ فنَقَلَ الْأَثَرُ ، ومحمدُ ابْنُ الْحَكَمِ ، أَنَّهُ يَرِثُ . وَرَوَى نَحْوُ هَذَا عَنْ عُمَرَ ، وَعُثْمَانَ ، وَالْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ . وَبِهِ قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَكْحُولٌ ، وَقَتَادَةُ ، وَحُمَيْدٌ ، وَإِبَاسُ بْنُ مَعَاوِيَةَ ، وَإِسْحَاقُ ، فعلى هذا إِنْ أَسْلَمَ قَبْلَ قَسْمِ بَعْضِ الْمَالِ وَرِثَ مِمَّا بَقِيَ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، فِي مَنْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْمَوْتِ : لَا يَرِثُ ، قَدْ وَجَبَتْ الْمَوَارِثُ لِأَهْلِهَا . وَهَذَا الْمَشْهُورُ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَّارٍ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَأَبُو الزِّنَادِ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَعَامَّةُ الْفُقَهَاءِ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ » ^(١) . وَلِأَنَّ الْمَلَكَ قَدْ انْتَقَلَ بِالْمَوْتِ إِلَى الْمُسْلِمِينَ ، فَلَمْ يُشَارِكْهُمْ مَنْ أَسْلَمَ ، كَمَا لَوْ اقْتَسَمُوا ، وَلِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْإِرْثِ مُتَحَقِّقٌ حَالُ وُجُودِ الْمَوْتِ ، فَلَمْ يَرِثْ ، كَمَا لَوْ كَانَ رَقِيقًا فَأُعْتِقَ ، أَوْ كَمَا لَوْ بَقِيَ عَلَى كُفْرِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ » . رواه سَعِيدٌ ^(٢) مِنْ طَرِيقَيْنِ عَنْ عُروَةَ ، وَابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، / وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٣) ، بِإِسْنَادِهِ : عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥ .

(٢) في : باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٧٦ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أسلم على شيء فهو له ، من كتاب السير . السنن الكبرى ٩ / ١١٣ .

(٣) في : باب في من أسلم على ميراث ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٤ . =

رسول الله ﷺ : « كُلُّ قَسَمٍ قُسِمَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ عَلَى مَا قُسِمَ ، وَكُلُّ قَسَمٍ أُذِرَكَ الْإِسْلَامُ فَهُوَ عَلَى قَسَمِ الْإِسْلَامِ » . وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ، بِإِسْنَادِهِ فِي « التَّمْهِيدِ » ، عَنْ زَيْدِ بْنِ قَتَادَةَ الْعَنْبَرِيِّ ، أَنَّ إِنْسَانًا مِنْ أَهْلِهِ مَاتَ عَلَى غَيْرِ دِينِ الْإِسْلَامِ ، فَأُورِثَتْهُ أُخْتِي دُونِي ، وَكَانَتْ عَلَى دِينِهِ ، ثُمَّ إِنَّ جَدِّي أَسْلَمَ ، وَشَهِدَ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ حُنَيْنًا ، فَتَوَفَّى ، فَلَبِثْتُ سَنَةً ، وَكَانَ تَرَكَ مِيرَاثًا ، ثُمَّ إِنَّ أُخْتِي أَسْلَمَتْ ، فَخَاصَمْتَنِي فِي الْمِيرَاثِ إِلَى عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَحَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَرْقَمٍ ، أَنَّ عُمَرَ قَضَى أَنَّهُ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقَسَمَ ، فَلَهُ نَصِيبُهُ ، فَقَضَى بِهِ عُثْمَانُ ، فَذَهَبَتْ بِذَاكَ الْأَوَّلِ ، وَشَارَكْتَنِي فِي هَذَا ^(٤) . وَهَذِهِ قَضِيَّةٌ انْتَشَرَتْ فَلَمْ تُنْكَرْ فَكَانَتْ ^(٥) إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَجَدَّدَ لَهُ صَيِّدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَعَ فِي شَبَكَتِهِ الَّتِي نَصَبَهَا فِي حَيَاتِهِ ، لَثَبَتْ لَهُ الْمِلْكُ فِيهِ ، وَلَوْ وَقَعَ إِنْسَانٌ فِي بُئْرِ حَقَرَهَا ، لَتَعَلَّقَ ضَمَانُهُ بِتَرْكِتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَجَازَ أَنْ يَتَجَدَّدَ حَقٌّ مِنْ أَسْلَمَ مِنْ وَرَثَتِهِ بِتَرْكِتِهِ ، تَرْغِييًا فِي الْإِسْلَامِ ، وَحُثًّا عَلَيْهِ ، فَأَمَّا إِذَا قُسِمَتِ التَّرِكَةُ ، وَتَعَيَّنَ حَقُّ كُلِّ وَارِثٍ ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا ، فَإِذَا تَصَرَّفَ فِي التَّرِكَةِ ، وَاحْتَازَهَا ، كَانَ بِمَنْزِلَةِ قَسَمَتِهَا .

فصل : وَمَنْ كَانَ رَقِيقًا حِينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ ، فَأُعْتِقَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، لَمْ يَرِثْ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكِيمِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الْإِسْلَامِ وَالْعِتْقِ ، وَعَلَى هَذَا جَمْعُ الْفُقَهَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَمَنْ بَعْدَهُمْ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ مَاتَ ، وَتَرَكَ أَبَاهُ عَبْدًا ، فَأُعْتِقَ قَبْلَ أَنْ يُقَسَمَ مِيرَاثُهُ ، فَقَالَ : لَهُ مِيرَاثُهُ . وَحُكِيَ عَنْ مَكْحُولٍ ، وَقَتَادَةَ ، أَنَّهُمَا وَرَثَا مَنْ أُعْتِقَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْمِيرَاثِ

= كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب قسمة الماء ، من كتاب الرهون ، وفي : باب قسمة الموارث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣١ ، ٩١٨ .

(٤) وأخرجه عبد الرزاق ، في : باب الميراث لا يقسم حتى يسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ١٠ / ٣٤٦ . وسعيد بن منصور ، في : باب من أسلم على الميراث ... ، السنن ١ / ٧٥ مختصرًا .

(٥) سقط من : م .

١٥٤/٦ ظ زَالَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَسْلَمَ ، / قَالَ أَبُو الْحَسَنِ التَّمِيمِيُّ : يُخْرَجُ عَلَى قَوْلٍ مِنْ وَرَثَ الْمُسْلِمَ ، أَنْ يُورَثَ الْعَبْدُ إِذَا أُعْتِقَ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْإِسْلَامَ قُرْبَةٌ وَهُوَ أَعْظَمُ الطَّاعَاتِ ، وَالْقُرْبُ وَرَدَ الشَّرْعُ بِالتَّأْلِيفِ عَلَيْهَا ، فَوَرَدَ الشَّرْعُ بِتَوْرِيثِهِ ، تَرْغِيئًا لَهُ فِي الْإِسْلَامِ ، وَحَقًّا عَلَيْهِ ، وَالْعِتْقُ لَا صَنْعَ لَهُ فِيهِ ، وَلَا يُحْمَدُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ قِيَاسُهُ عَلَيْهِ ، وَلَوْلَا مَا وَرَدَ مِنَ الْأَثَرِ مِنْ تَوْرِيثٍ مَنْ أَسْلَمَ ، لَكَانَ النَّظَرُ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَرِثَ مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ حِينَ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ بِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ ، فَيَسْتَحِقُّوهُ ، فَلَا يَبْقَى لِمَنْ حَدَثَ شَيْءٌ ، لَكِنْ خَالَفَنَاهُ فِي الْإِسْلَامِ لِلْأَثَرِ ، وَلَيْسَ فِي الْعِتْقِ أَثَرٌ يَجِبُ التَّسْلِيمُ لَهُ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى مَا فِيهِ الْأَثَرُ ، فَيَبْقَى عَلَى مُوجِبِ الْقِيَاسِ .

١٠٤٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَتَى قُبِلَ الْمُرْتَدُّ عَلَى رِدَّتِهِ ، فَمَالُهُ فَنَاءٌ)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي مَالِ الْمُرْتَدِّ إِذَا مَاتَ ، أَوْ قُبِلَ عَلَى رِدَّتِهِ ، فَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يَكُونُ فَيْئًا فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ صَحِيحٌ فِي الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَوَرَّثَتْهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنُ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَإِسْحَاقُ . (١) إِلَّا أَنَّ (٢) الثَّوْرِيَّ ، وَأَبَا حَنِيفَةَ ، وَاللُّوْلُؤِيَّ ، وَإِسْحَاقَ ، قَالُوا : مَا اكْتَسَبَهُ فِي رِدَّتِهِ يَكُونُ فَيْئًا . وَلَمْ يُفَرِّقْ أَصْحَابُنَا بَيْنَ تِلَادِ مَالِهِ وَطَارِفِهِ . وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّهُ قَوْلُ الْخَلِيفَتَيْنِ الرَّاشِدَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُرَوَّى عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، قَالَ : بَعَثَنِي أَبُو بَكْرٍ عِنْدَ رُجُوعِهِ إِلَى أَهْلِ الرِّدَّةِ أَنْ أَقْسِمَ أَمْوَالَهُمْ بَيْنَ وَرَثَتِهِمُ الْمُسْلِمِينَ . وَلِأَنَّ رِدَّتَهُ يَنْتَقِلُ بِهَا مَالُهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، كَمَا لَوْ انْتَقَلَ بِالْمَوْتِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً ثَالِثَةً (٣) ، أَنَّ مَالَهُ لِأَهْلِ دِينِهِ / الَّذِي اخْتَارَهُ ، إِنْ كَانَ

(١-٢) فِي م : « لِأَنَّ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

منه من يَرِّثُهُ، وإلّا فهو فَيءٌ . وبه قال داودُ . ورُوِيَ عن علقَمَةَ، وسعيد بن أبي عروبة^(٣)؛ لأنّه كافرٌ، فورثه أهلُ دينه، كالحرّبيّ، وسائر الكُفّارِ . والمشهورُ الأوّلُ ؛ لقول النّبيّ ﷺ : « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ »^(٤) . وقوله : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى »^(٥) . ولأنّه كافرٌ ، فلا يَرِثُهُ المسلمُ ، كالكافرِ الأصليّ ، ولأنّ ماله مالٌ مُرْتَدٍّ ، فأشبهه الذي كَسَبَهُ في رِدَّتِهِ ، ولا يُمكنُ جَعْلُهُ لأهلِ دينه ؛ لأنّه لا يَرِثُهُمْ ، فلا يَرِثُونَهُ ، كغيرهم من أهلِ الأديانِ ، ولأنّه يُخالِفُهُمْ في حُكْمِهِمْ ؛ فإنه لا يُقرُّ على ما اتَّفَقَ إليه ، ولا تُؤْكَلُ له ذبيحةٌ ، ولا يَحِلُّ نِكَاحُهُ إنْ كان امرأةً ، فأشبهه الحرّبيّ مع الذمّيّ . فإن قيل : إذا جَعَلْتُمُوهُ فَيءًا فقد ورثْتُمُوهُ للمسلمين . قلنا : لا يَأْخُذُونَهُ ميراثًا ، بل يَأْخُذُونَهُ فَيءًا ، كما يُؤْخَذُ مالُ الذمّيّ إذا لم يَخْلُفْ وارثًا ، وكالْعُشُورِ .

فصل : والزّنديقُ ، كالمُرْتَدِّ ؛ لَا يَرِثُ وَلَا يُورِثُ . وقال مالكٌ في الزّنديقِ الذي^(٦) يَتَّهَمُ بِزَيٍّ^(٧) وَرَثَتُهُ عِنْدَ مَوْتِهِ : ماله لِوَرَثَتِهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، مثلُ مَنْ يَرْتَدُّ إِذَا حَضَرَهُ الْمَوْتُ . قال : وَرَثَتُهُ زَوْجَتُهُ ، سواءَ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، أو لم تَنْقَضِ ، كالتّي يُطَلِّقُهَا زَوْجُهَا في مَرَضٍ مَوْتِهِ ؛ لِيَحْرِمَهَا الْمِيرَاثَ ؛ لأنّه فارٌّ من ميراثٍ مَنْ انْعَقَدَ سَبَبُ مِيرَاثِهِ ، فورثه ، كالمُطَلَّقةِ في مَرَضٍ الْمَوْتِ . ولنا ؛ قولُ النّبيّ ﷺ : « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ » . وقياسُ المذهبِ أنْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ إِذَا ارْتَدَّ في مَرَضٍ مَوْتِهِ ، يَرِثُهُ الْآخَرُ ؛ لأنّه فَعَلَ ما يَفْسُخُ النِّكَاحَ في مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فأشبهه الطَّلَاقُ ، وفَعَلَ الْمَرْأَةُ ما يَفْسُخُ نِكَاحَهَا ، ويُخْرِجُ في ميراثٍ سائرَ الورثةِ مثلُ^(٨) (ما في^(٩) الزَّوْجَيْنِ ، فيكونُ مثلُ مذهبِ مالِكٍ . وقال أبو يوسفَ : إذا ارْتَدَّتِ الْمَرْيُضَةُ ، فَمَاتَتْ في عِدَّتِهَا ، أو لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ ، وَرِثَها زَوْجُهَا . وَرَوَى اللَّوْثِيُّ ، عن أبي حنيفةَ : إذا ارْتَدَّ الرَّجُلُ ، فَقَتِلَ على رِدَّتِهِ ، أو لَحِقَ

(٣) سعيد بن أبي عروبة (مهران) العدوي، مولاهم، الإمام الحافظ، عالم أهل البصرة، ثقة، توفي سنة ست وخمسين ومائة. سير أعلام النبلاء ٦ / ٤١٣ - ٤١٨ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥ .

(٥) في الأصل ، ١ : « والذي » .

(٦) أي بحرمانهم .

(٧-٨) سقط من : م .

١٥٥/٦ ظ بدارِ الحربِ ، بانث منه امرأته ، / فإن كانت مدخولاً بها ورثته ، إذا كان ذلك قبل انقضاء عِدَّتِها ، وإن كانت غير مدخول بها ، بانث ولم ترثه . وإن ارتدَّت المرأة من غير مَرَضٍ ، فماتت ، لم يرثها زوجها ؛ لأنها عندهم لا تُقتل ، فلم تكن فارة من ميراثه ، بخلاف الرجل .

فصل : وارثُ الدَّادِ الزَّوجينِ معاً ، كارتدادِ أحدهما ؛ في فسْخِ نكاحِهما ، وعدمِ ميراثِ أحدهما من الآخرِ ، سواءً لحقَّ بدارِ الحربِ ، أو أقام بدارِ الإسلامِ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : إذا ارتدَّ معاً ، لم يفسخ النكاحُ ، ولم يتوارثا ؛ لأنَّ المرتدَّ لا يرث المرتدُّ ما دام في دارِ الإسلامِ ، فإنَّ لحقَّ بدارِ الحربِ توارثا . ولنا ؛ أنَّهما مُرتدَّانِ ، فلم يتوارثا ، كما لو كانا في دارِ الإسلامِ . ولو ارتدَّا جميعاً ، ولهما أولادٌ صغارٌ ، لم يتبعوهم في رِدَّتِهِمْ ، ولم يرثوا منهم شيئاً ، ولم يحزِ استرقاقُهم ، سواءً لحقَّوهم بدارِ الحربِ ، أو لم يلحقَّوهم . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : مَنْ ألحقَّوه بدارِ الحربِ منهم بصيرُ مُرتدَّ ، يجوزُ سَبْيُهُ ، ومن لم يلحقَّوه بدارِ الحربِ ، فهو في حُكْمِ الإسلامِ . فأما مَنْ وُلِدَ بَعْدَ الرَّدَّةِ بستَةِ أشهرٍ ؛ فذكرُ الخرقِ ، رضى الله عنه ، ما يدلُّ على أنَّه يجوزُ استرقاقُه . وهو قولُ أبي حنيفة ، وأحدُ قولِي ، الشافعيُّ . والقولُ الثاني : لا يُسَبِّونَ . وهو منصوصٌ ^(٨) الشافعيُّ .

فصل : فإذا لحقَّ المرتدُّ بدارِ الحربِ ، وقَفَ ماله ، فإنَّ أسْلَمَ دُفِعَ إليه ، وإن مات صارَ فَيْئاً . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، رضى الله عنهما . وجعل أهلُ العراقِ لِحاقِه بدارِ الحربِ كَمَوْتِه ، في زَوَالِ مِلْكِهِ ، وصَرَفِ مالِهِ إلى مَنْ يُصَرِّفُ إليه إذا مات ، فإنَّ عادَ إلى الإسلامِ ، فله ما وُجِدَ من ماله ، ولا يَرْجِعُ على ورثته بشيءٍ ممَّا أُلْفُوهُ ، إلَّا أن يكونوا اقْتَسَمُوهُ بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ . ولم يَخْتَلِفُوا فيما اكْتَسَبَهُ ^(٩) في دارِ الحربِ ، أو أخرجه من ماله إلى دارِ الحربِ ، أنَّه فَيْءٌ . / وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ : إذا ارتدَّ المسلمُ ، زالَ مِلْكُهُ

(٨) في زيادة : « قول » .

(٩) في م : « اكتسبه » .

عَنْ مَالِهِ ، وَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِشَيْءٍ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ، فَإِنْ أَسْلَمَ رُدَّ إِلَيْهِ تَمْلِيكًا مُسْتَأْنَفًا . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : إِنَّمَا أَحْكُمُ بِمَوْتِهِ يَوْمَ يَخْتَصِمُونَ فِي مَالِهِ ، لَا يَوْمَ لِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حُرٌّ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، وَيَبْقَى مِلْكُهُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، فَلَمْ يُحْكَمْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَزْنِدْ ، وَيَجِبُ رَدُّ مَا أُخِذَ مِنْ مَالِهِ ، أَوْ أُتْلِفَ عَلَيْهِ ، كغیره .

فصل : ومتى مات الذمى ، ولا وارث له ، كان ماله قتيما ، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه ، كمن ليس له وارث إلا أحد الزوجين ، فإن الفاضل عن ميراثه يكون قتيما ؛ لأنه مال^(١٠) ليس له مستحق معين ، فكان قتيما ، كمال الميت المسلم الذي لا وارث له .

فصل : في ميراث المجوس ، ومن جرى مجراهم ، ممن ينكح ذوات المحارم ، إذا أسلموا وتحاكموا إلينا . لا نعلم بين علماء المسلمين خلافا في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم ، فأما غيره من الأنكحة ، فكل نكاح اعتقدوا صحته ، وأقرؤا عليه بعد إسلامهم ، توارثوا به ، سواء وجد بشرطه المعتبرة في نكاح المسلمين ، أو لم يوجد ، وما لا يقرؤون عليه بعد إسلامهم لا يتوارثون به ، والمجوس وغيرهم في هذا سواء ، فلو طلق الكافر امرأته ثلاثا ، ثم نكحها ، ثم أسلما ، ومات أحدهما ، لم يقرأ عليه ، ولم يتوارثا به . وكذلك إن مات أحدهما قبل إسلامهما ، لم يتوارثا . في قول الجميع . وإن تزوجها بغير شهود ، ثم مات أحدهما ، ورثه الآخر . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، رضي الله عنهما . وقال زفر ، واللؤلؤي : لا يتوارثان . وإن تزوج امرأة في عدتها ، توارثا ، في ظاهر كلام^(١١) أحمد ، رضي الله عنه ، فإنه قال : إذا أسلما ، وقد نكحها في العدة أقرأ عليه . وهذا قول أبي حنيفة . وقال القاضي : إن أسلما بعد انقضاء العدة ، أقرأ ، وإن أسلما قبله^(١٢) لم يقرأ . فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة ، لم

(١٠) في م : « ما » .

(١١) في م : « مذهب » .

(١٢) في م : « قبل » .

١٥٦/٦ ط يتوارثا ، وإن مات بعده ، توارثا . وهذا قول الشافعي / رضى الله عنه . وتأول القاضي رواية أحمد ، على من أسلم بعد انقضاء العدة . وإن تزوجها وهي حُبلى من زوج ، أو زنى ، فالحكم فيه كالتي قبلها سواء ؛ لأن الزنى موجب للعدة . وهذا قال الشافعي ، رضى الله عنه ، فى الحامل من زوج . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه ، فى الحامل من زوج : لا يتوارثان . وقال أبو حنيفة ، والشافعي ، فى الحامل من الزنى : يتوارثان . وقال أبو يوسف ، وزفر ، واللؤلؤى : لا يتوارثان . وأصل الخلاف فى الميراث الاختلاف فيما يُقرآن عليه إذا أسلما ، أو تحاكما إلينا ، ونذكر ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى .

فصل : فأما القرابة فيرثون جميعها ، إذا أمكن ذلك . نص عليه أحمد . وهو قول عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وزيد فى الصحيح عنه . وبه قال النخعي ، والثوري ، وقتادة ، وابن أبى ليلى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وداود ، والشافعي ، فى أحد قوليه . واختاره ابن اللبان . وعن زيد ، أنه ورثه بأقوى القرابتين ، وهى التى لا تسقط بحال . وبه قال الحسن ، والزهري ، والأوزاعي ، ومالك ، والليث ، وحماّد ، وهو الصحيح عن الشافعي . وعن عمر بن عبد العزيز ، ومكحول ، والشعبي ، القولان جميعا ، واحتجوا بأنهما قرابتان ، لا يورث بهما فى الإسلام ، فلا يورث بهما فى غيره ، كما لو أسقطت إحداهما الأخرى . ولنا ، أن الله تعالى فرض للأُم الثلث ، وللأخت النصف ، فإذا كانت الأُم أختا ، وجب إعطاؤها ما فرض الله تعالى لها ^(١٣) فى الآيتين ، كالشخصين ، ولأنهما قرابتان ، ترث بكل واحدة منهما منفردة ، لا تحجب إحداهما الأخرى ، ولا ترجح بها ، فترث بهما مجتمعين ، كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ من أم ، وكذوى الأرحام المذلين بقرابتين . وقياسهم فاسد ؛ لأن القرابتين فى الأصل تسقط إحداهما الأخرى إذا كانتا فى شخصين ، فكذلك إذا كانتا فى شخص . وقولهم : لا يورث بهما فى الإسلام . / ممنوع ، فإنه إذا وجد ذلك

(١٣) فى م : « لهما » .

مِنْ وَطْءٍ شَبَّهَ فِي الْإِسْلَامِ وَرِثَ بَهِمَا ، ثُمَّ إِنَّ امْتِنَاعَ الْإِرْثِ بَهِمَا فِي الْإِسْلَامِ لَعَدَمَ
 وَجُودِهِمَا ، وَلَوْ تَصَوَّرَ وَجُودَهُمَا لَوَرِثَ بَهِمَا ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ قَدْ وَرِثَ بِنَظِيرِهِمَا فِي ابْنِ عَمٍّ هُوَ
 زَوْجٌ ، أَوْ أَخٌ مِنْ أُمٍّ . قَالَ ابْنُ اللَّبَّانِ : وَاعْتَبَارُهُمْ عِنْدِي فَاسِدٌ ، مِنْ قَبْلِ أَنَّ الْجَدَّةَ تَكُونُ
 أُخْتًا لِأَبٍ ، فَإِنْ وَرَثُوهَا بِكَوْنِهَا جَدَّةً ، لَكُنَّ ابْنِ الْإِبْنِ يُسْقِطُ الْأُخْتَ دُونَهَا ، لَزِمَهُمْ
 تَوَرِثُهَا ، بِكَوْنِهَا أُخْتًا ، لَكُنَّ الْأُمُّ تُسْقِطُ الْجَدَّةَ دُونَهَا . وَخَالَفُوا نَصَّ الْكِتَابِ فِي فَرَضِ
 الْأُخْتِ ، وَوَرَثُوهَا الْجَدَّةَ الَّتِي لَا نَصَّ لِلْكِتَابِ فِي فَرَضِهَا ، وَهُوَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ
 قَالَ : هُوَ طُعْمَةٌ ، وَلَيْسَ يَفْرُضُ مُسَمًّى ^(١٤) . وَيَلْزِمُهُمْ أَنَّ الْمَيِّتَ إِذَا خَلَفَ أُمَّهُ ، وَأُمُّ أُمٍّ
 هِيَ أُخْتٌ ، أَنَّ لَا يُورَثُوهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْجَدَّةَ مُحْجُوبَةٌ ، وَهِيَ أَقْوَى الْقَرَابَتَيْنِ . وَإِنْ
 قَالُوا : تُورَثُهَا مَعَ الْأُمِّ بِكَوْنِهَا أُخْتًا . نَقَضُوا اعْتِبَارَهُمْ بِكَوْنِهَا أَقْوَى الْقَرَابَتَيْنِ ، وَجَعَلُوا
 الْأُخُوَّةَ تَارَةً أَقْوَى ، وَتَارَةً أَوْفَرُ . وَإِنْ قَالُوا : أَقْوَى الْقَرَابَتَيْنِ الْأُخُوَّةُ ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهَا
 أَوْفَرُ . لَزِمَهُمْ فِي أُمٍّ هِيَ أُخْتٌ جَعَلَ الْأُخُوَّةَ أَقْوَى مِنْ جِهَةِ الْأُمومية ، وَيَلْزِمُهُمْ فِي إِسْقَاطِ
 مِيرَاثِهَا مَعَ ابْنِ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ مَا لَزِمَ الْقَاتِلِينَ بِتَقْدِيمِ الْجَدَّةِ مَعَ الْأُمِّ . فَإِنْ قَالُوا :
 تَوَرِثُهَا بِالْقَرَابَتَيْنِ يُفْضَى إِلَى حَجَبِ الْأُمِّ بِنَفْسِهَا ، إِذَا كَانَتْ أُخْتًا ، وَلِلْمَيِّتِ أُخْتٌ
 أُخْرَى . قُلْنَا : وَمَا الْمَانِعُ مِنْ هَذَا ؟ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَجَبَ الْأُمِّ بِالْأُخْتَيْنِ بِقَوْلِهِ : ﴿ فَإِنْ
 كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ الْسُّدُسُ ﴾ ^(١٥) . مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِغَيْرِهَا . ثُمَّ هُمْ قَدْ حَجَبُوهَا عَنْ
 مِيرَاثِ الْأُخْتِ بِنَفْسِهَا ، فَقَدْ دَخَلُوا فِي مَا أَنْكَرُوهُ ، بَلْ هُوَ أَعْظَمُ ؛ لِأَنَّهُمْ قَرَأُوا مِنْ حَجَبِ
 التَّنْقِصِ إِلَى حَجَبِ الْإِسْقَاطِ ، وَأَسْقَطُوا الْفَرَضَ الَّذِي هُوَ أَوْفَرُ بِالْكُلِّيَّةِ مُحَافَظَةً عَلَى
 بَعْضِ الْفَرَضِ الْأَدْنَى ، وَخَالَفُوا مَذْلُولَ أَرْبَعَةٍ / نُصُوصٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُمْ
 أَعْطَوْا الْأُمَّ الثَّلْثَ ، وَإِنَّمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهَا مَعَ الْأُخْتَيْنِ السُّدُسَ . وَالثَّانِي ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا
 فَرَضَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتَيْنِ ثُلُثًا ، فَأَعْطَوْا إِحْدَاهُمَا النِّصْفَ كَامِلًا . وَالثَّلَاثُ ، أَنَّ اللَّهَ
 تَعَالَى فَرَضَ لِلْأُخْتَيْنِ الثَّلَاثَيْنِ ، وَهَاتَانِ أُخْتَانِ ، فَلَمْ يَجْعَلُوا لِهُمَا الثَّلَاثَيْنِ . الرَّابِعُ ، أَنَّ
 مُقْتَضَى الْآيَةِ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتَيْنِ الثَّلْثُ ، وَهَذِهِ أُخْتٌ ، فَلَمْ يُعْطَوْهَا

(١٤) فِي م : « مُسْتَحَقٌّ » .

(١٥) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

بَكُونِهَا أُخْتًا شَيْئًا . وهذا كُلُّهُ معنى كلام ابن اللَّبَّانِ .

فصل : والمسائل التي تَجَمُّعُ فيها قَرَابَتَانِ ، يَصِحُّ الإِرْثُ بهما سِتٌّ ؛ إحداهُنَّ في الذُّكُورِ ، وهى عَمٌّ هُوَ أَخٌ لَأُمٍّ ، وَخَمْسٌ في الإِنَاثِ ، وهى بِنْتُ هِى أُخْتُ ، أَوْ بِنْتُ ابْنِ ، وَأُمٌّ هِى أُخْتُ ، وَأُمُّ أُمٍّ هِى أُخْتُ لِأَبٍ ، وَأُمُّ أَبِي هِى أُخْتُ لِأُمٍّ ، فَمَنْ وَرَّثَهُمْ بِأَقْوَى الْقَرَابَتَيْنِ ، وَرَّثَهُم بِالْبُنُوَّةِ وَالْأُمُومَةِ ، ذُوْنَ الْأُخُوَّةِ ، وَبُنُوَّةِ الْإِبْنِ . وَاخْتَلَفُوا في الْجَدَّةِ إِذَا كَانَتْ أُخْتًا ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْجَدُودَةُ أَقْوَى ؛ لِأَنَّهَا جِهَةٌ وَلَادَةٌ لَا تَسْقُطُ بِالْوَلَدِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْأُخُوَّةُ أَقْوَى ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ مِيرَاثًا ^(١٦) . قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ وَغَيْرُهُ : هُوَ الصَّحِيحُ . وَمَنْ وَرَّثَ بِأَقْوَى الْقَرَابَتَيْنِ لَمْ يَحْجِبِ الْأُمُّ بِأُخُوَّةِ نَفْسِهَا ، إِلَّا مَا حَكَاهُ سَخْنُونُ ، عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ حَجَبَهَا بِذَلِكَ . وَالصَّحِيحُ عَنْهُ الْأَوَّلُ . وَمَنْ وَرَّثَ بِالْقَرَابَتَيْنِ حَجَبَهَا بِذَلِكَ . وَمَتَى كَانَتِ الْبِنْتُ أُخْتًا ، وَالْمَيْتُ رَجُلٌ ، فَهِيَ أُخْتُ لِأُمٍّ ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً فَهِيَ أُخْتُ لِأَبٍ . وَإِنْ قِيلَ : أُمٌّ هِى أُخْتُ لِأُمٍّ ، أَوْ أُمُّ أُمٍّ هِى أُخْتُ لِأُمٍّ ، أَوْ أُمُّ أَبِي هِى أُخْتُ لِأَبٍ . فَهُوَ مُحَالٌ .

مسائل من ذلك : مَجُوسِيٌّ تَزَوَّجَ ابْنَتَهُ ، فَأَوْلَدَهَا بِنْتًا ، ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا ، فَلَهُمَا الثَّلَاثَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا ابْنَتَانِ ، وَلَا تَرِثُ الْكُبْرَى بِالزَّوْجِيَّةِ شَيْئًا في قولهم جميعًا . فَإِنْ مَاتَتِ الْكُبْرَى بَعْدَهُ ، فَقَدْ تَرَكَّتْ بِنْتًا ، هِى أُخْتُ لِأَبٍ ، فَلَهَا النِّصْفُ بِالْبُنُوَّةِ ، وَالباقى بِالْأُخُوَّةِ ، وَإِنْ مَاتَتِ الصَّغْرَى قَبْلَ الْكُبْرَى ، فَقَدْ تَرَكَّتْ أُمًّا ، هِى أُخْتُ لِأَبٍ ، فَلَهَا النِّصْفُ ، وَالثَّلَثُ بِالْقَرَابَتَيْنِ ، وَمَنْ وَرَّثَ بِأَقْوَى الْقَرَابَتَيْنِ لَمْ يُورَثْهَا بِالْأُخُوَّةِ شَيْئًا في ١٥٨/٦ / الْمَسْأَلَتَيْنِ . وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ : يَحْتَمِلُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَوْرِثَهَا بِالْقَرَابَتَيْنِ في الْمَسْأَلَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْنَعْ تَوْرِثَ الشَّخْصِ بِفَرْضٍ وَتَعْصِيَةٍ ، لِتَوْرِثِهِ ابْنَ الْعَمِّ إِذَا كَانَ زَوْجًا ، أَوْ أَخًا لِأُمٍّ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ الْإِرْثُ بِفَرْضَيْنِ . فَإِنْ كَانَ الْمَجُوسِيُّ أَوْلَدَهَا بِنْتَيْنِ ، ثُمَّ مَاتَ وَمَاتَتِ الْكُبْرَى بَعْدَهُ ، فَقَدْ تَرَكَّتْ بِنْتَيْنِ ، هُمَا أُخْتَانِ لِأَبٍ ، وَإِنْ لَمْ تَمُتِ الْكُبْرَى ، بَلْ مَاتَتْ إِحْدَى الصَّغِيرَتَيْنِ ، فَقَدْ تَرَكَّتْ أُخْتًا لِابْنَيْنِ ، وَأُمًّا هِى أُخْتُ لِأَبٍ ؛ فَلَهُمَا السُّدُسُ بِكُونِهَا أُمًّا ، وَالسُّدُسُ بِكُونِهَا أُخْتًا لِأَبٍ ، وَانْحَجَبَتْ بِنَفْسِهَا وَأُخْتِهَا

(١٦) في م : « ميراثها » .

عَنِ السُّدُسِ ، وَلِلْأُخْتِ النَّصْفُ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ، لَهَا الثُّلُثُ بِالْأُمُومَةِ ، وَلَا شَيْءَ لَهَا
 بِالْأُخُوَّةِ ، وَلَا تَنْحَجِبُ بِهَا ، وَلِلْأُخْتِ النَّصْفُ ، فَقَدْ اسْتَوَى الْحُكْمُ فِي الْقَوْلَيْنِ ، وَإِنْ
 اخْتَلَفَ طَرِيقُهُمَا . وَعَلَى مَا حَكَاهُ سَخَنُونَ ، لَهَا السُّدُسُ ، وَتَنْحَجِبُ بِنَفْسِهَا ،
 - وَأُخْتِهَا . وَإِنْ أَوْلَدَهَا الْمُجُوسِيُّ ابْنًا ، وَبِنْتًا ، ثُمَّ مَاتَ ، وَمَاتَتِ الصُّغْرَى بَعْدَهُ ، فَقَدْ
 خَلَفَتْ أُمًّا هِيَ أُخْتُ لَأَبٍ ، وَأَخًا لَأُمٍّ وَأَبٍ ؛ فَلَأُمُّهَا السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِلْأَخِ ، وَلَا شَيْءَ
 لِلْأُمِّ بِالْأُخُوَّةِ ؛ لِأَنَّ الْأَخَ لِلْأَبَوَيْنِ يَخْجِبُهَا . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ؛ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ كَامِلًا .
 وَإِنْ تَزَوَّجَ الْمُجُوسِيُّ أُمَّهُ ، فَأَوْلَدَهَا بِنْتًا ، ثُمَّ مَاتَ ^(١٧) فَلَأُمُّهُ السُّدُسُ ، وَلَا بِنْتَهُ النَّصْفُ ،
 وَلَا تَرِثُ أُمُّهُ بِالزَّوْجِيَّةِ شَيْئًا ^(١٨) ، وَلَا ابْنَتُهُ بِكَوْنِهَا أُخْتًا لَأُمٍّ شَيْئًا . وَإِنْ مَاتَتِ الْكُبْرَى
 بَعْدَهُ ، فَقَدْ خَلَفَتْ بِنْتًا هِيَ بِنْتُ ابْنِ ، فَلَهَا الثُّلُثَانِ بِالْقَرَابَتَيْنِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ؛ لَهَا
 النَّصْفُ . وَإِنْ مَاتَتِ الصُّغْرَى بَعْدَهُ ، فَقَدْ تَرَكَّتْ أُمًّا هِيَ أُمُّ أَبِي ، فَلَهَا الثُّلُثُ بِالْأُمُومَةِ
 لَا غَيْرُ ، عَلَى الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا . وَإِنْ تَزَوَّجَ ابْنَتَهُ ، فَأَوْلَدَهَا بِنْتًا ^(١٩) ، ثُمَّ تَزَوَّجَ الصُّغْرَى ،
 فَأَوْلَدَهَا بِنْتًا ، ثُمَّ مَاتَ ، وَمَاتَتِ الْكُبْرَى بَعْدَهُ ، فَقَدْ تَرَكَّتْ أُخْتَيْهَا لِأَبِيهَا ، إِحْدَاهُمَا
 بِنْتُهَا ^(٢٠) ، وَالْأُخْرَى بِنْتُ بِنْتِهَا ، فَلِبْنَتِهَا النَّصْفُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ،
 لِبْنَتِهَا النَّصْفُ ، وَالْبَاقِي لِلصُّغْرَى . وَإِنْ مَاتَتِ الْوَسْطَى بَعْدَهُ ، فَقَدْ تَرَكَّتْ أُخْتَيْهَا ؛
 إِحْدَاهُمَا أُمُّهَا ، وَالْأُخْرَى بِنْتُهَا ؛ فَلَأُمُّهَا السُّدُسُ ، وَلِبْنَتِهَا النَّصْفُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا .
 وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ، الْبَاقِي لِلْعَصْبَةِ . وَإِنْ مَاتَتِ الصُّغْرَى بَعْدَهُ ، فَقَدْ خَلَفَتْ أُخْتَيْهَا ؛
 إِحْدَاهُمَا أُمُّهَا ، وَالْأُخْرَى جَدَّتُهَا ؛ فَلَأُمُّهَا السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا ، وَقَدْ انْتَحَجَبَتِ الْأُمُّ
 بِنَفْسِهَا ، وَبِأُمِّهَا عَنِ السُّدُسِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ مَنْ جَعَلَ الْأُخُوَّةَ أَقْوَى ، فَلِلْكُبْرَى
 النَّصْفُ ، وَلِلْوَسْطَى الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي لِلْعَصْبَةِ . وَمَنْ جَعَلَ الْجُدُودَةَ أَقْوَى ، لَمْ يُورَثِ

ظ ١٥٨/٦

(١٧) فِي م : مَاتَ .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(١٩) فِي م : ابْنَةُ .

(٢٠) فِي م زِيَادَةٌ : وَبِنْتُ أَبِيهَا .

الكُبْرَى شَيْئًا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَرِثُ بِالْأُخُوَّةِ ، لِكَوْنِهَا ضَعِيفَةً ، وَلَا بِالْجُدُودَةِ ، لِكَوْنِهَا مَخْجُوبَةً بِالْأُمُومَةِ . وَإِنْ مَاتَ الصَّغْرَى بَعْدَ الْوُسْطَى ، فَقَدْ خَلَفَتْ جَدَّةٌ هِيَ أُخْتُ لِأَبٍ ، فَلَهَا التُّلُثُ بِالْقَرَابَتَيْنِ ، وَمَنْ وَرَثَ بِإِحْدَاهُمَا ، فَلَهَا السُّدُسُ عِنْدَ قَوْمٍ . وَعِنْدَ ابْنِ سُرَيْجٍ وَمَنْ وَافَقَهُ هَا النِّصْفُ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَبَرِيِّ . مَجُوسِي تَزَوَّجَ أُمَّهُ ، فَأَوْلَدَهَا بِنْتًا ، ثُمَّ تَزَوَّجَ بِنْتَهُ ، فَأَوْلَدَهَا ابْنًا ، ثُمَّ تَزَوَّجَ الْابْنَ جَدَّتَهُ ، فَأَوْلَدَهَا بِنْتًا ، ثُمَّ مَاتَ الْمَجُوسِي ، ثُمَّ مَاتَ أُمُّهُ ، فَقَدْ خَلَفَتْ بِنْتًا هِيَ بِنْتُ ابْنِ ابْنِ ، وَبِنْتًا أُخْرَى هِيَ بِنْتُ ابْنِ ابْنِ ، وَخَلَفَتْ ابْنُ ابْنِ هُوَ زَوْجُهَا ؛ فَلابَتَتْهَا التُّلُثَانِ ، وَالْباقِي بَيْنَ الْكُبْرَى وَابْنِهَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصَحُّ مِنْ تِسْعَةٍ ؛ لِلْكُبْرَى أَرْبَعَةٌ ، وَلِلصَّغْرَى ثَلَاثَةٌ ، وَلِلذَّكَرِ سَهْمَانِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ ، الْبَاقِي لِلذَّكَرِ وَحْدَهُ . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ بِنْتُهُ ، فَإِنَّ الْكُبْرَى جَدَّتُهَا أُمُّ أَبِيهَا ، وَهِيَ أُخْتُهَا مِنْ أُمِّهَا ، فَلَهَا السُّدُسَانِ بِالْقَرَابَتَيْنِ ، وَفِي الثَّانِي لَهَا السُّدُسُ بِإِحْدَاهُمَا .

فصل : وَإِنْ وَطِئَ مُسْلِمٌ بَعْضَ مَحَارِمِهِ بِشَبْهَةٍ ، أَوْ اشْتَرَاهَا وَهُوَ لَا يَعْرِفُهَا فَوَطِئَهَا ، فَوَلَدَتْ لَهُ ، وَاتَّفَقَ مِثْلُ هَذِهِ ^(٢١) الْأَنْسَابِ ^(٢٢) ، فَالْحُكْمُ فِيهَا مِثْلُ هَذَا سِوَاءً .

١٠٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا غَرِقَ الْمُتَوَارِثَانِ ، أَوْ مَاتَا نَحْتَ هَذِمَ ، فَجُهِلَ أَوْلُهُمَا مَوْتًا ، وَرِثَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ)

وجملة ذلك أَنَّ الْمُتَوَارِثَيْنِ / إِذَا مَاتَا ، فَجُهِلَ أَوْلُهُمَا مَوْتًا ، فَإِنَّ أَحَدًا قَالَ : أَذْهَبُ إِلَى قَوْلِ عَمَرَ ، وَعَلَى ، وَشُرَيْجٍ ، وَإِبْرَاهِيمَ ، وَالشَّعْبِيِّ : يَرِثُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ . يَعْنِي مِنْ تِلَادِ مَالِهِ دُونَ طَارِفِهِ ، وَهُوَ مَا وَرِثَهُ مِنْ مَيِّتٍ مَعَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَنْ ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ،

(٢١) فِي ١ : هَذَا .

(٢٢) فِي ١ : الْأَنْسَابُ . وَفِي م : لِإِنْسَانٍ .

وهو قول إياس بن عبد^(١) المَزْنِي ، وعطاء ، والحسن ، وحُمَيْد الأَعْرَج ، وعبد الله بن عتبة ، وابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح ، وشريك ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وحكي ذلك عن ابن مسعود . قال الشعبي : وَقَعَ الطَّاعُونُ بِالشَّامِ عَامَ عَمَوَاسَ ، فجعل أهل البيت يموتون عن آخريهم ، فكتب في ذلك إلى عمر ، رضى الله عنه . فكتب عمر : أَنْ وَرَّثُوا بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ^(٢) . وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَمُعَاذٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ ، لَمْ يُورَّثُوا بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ ، وَجَعَلُوا مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ لِلْأَخْيَاءِ مِنْ وَرَثَتِهِ . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وأبو الزناد ، والزهري ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، رضى الله عنهم ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ويروى ذلك عن عمر ، والحسن البصري ، وراشيد بن سعد^(٣) ، وحكيم بن عمير^(٤) ، وعبد الرحمن بن عوف . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي امْرَأَةٍ وَابْنِهَا مَاتَا ، فَقَالَ زَوْجُهَا : مَاتَتْ فَوَرَّثَنَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ ابْنِي فَوَرَّثَنِي . وَقَالَ أَخُوهَا : مَاتَ ابْنُهَا فَوَرَّثَنِي ، ثُمَّ مَاتَتْ فَوَرَّثَنَاهَا . حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إِبْطَالِ دَعْوَى صَاحِبِهِ ، وَكَانَ مِيرَاثُ الْإِبْنِ لِأَبِيهِ ، وَمِيرَاثُ الْمَرْأَةِ لِأَخِيهَا زَوْجُهَا نِصْفَيْنِ . فَجَعَلَ مِيرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْأَخْيَاءِ مِنْ وَرَثَتِهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْعَلَ هَذَا رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ فِي جَمِيعِ مَسَائِلِ الْبَابِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلَهُ فِيمَا إِذَا ادَّعَى وَارِثُ كُلِّ مَيِّتٍ أَنْ مَوْرُوثُهُ كَانَ آخِرَهُمَا مَوْتًا ، وَيَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْآخَرِ ، إِذَا اتَّفَقَ وَرَّاثُهُمْ عَلَى الْجَهْلِ بِكَيْفِيَّةِ مَوْتِهِمْ ؛ لِأَنَّ مَعَ التَّدَاعِي تَتَوَجَّهُ الْيَمِينُ^(٥) ، عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَيُحْلِفُ عَلَى إِبْطَالِ دَعْوَى صَاحِبِهِ ، / وَيَتَوَقَّرُ

ظ ١٥٩/٦

(١) في م : « عبد الله » . وهو إياس بن عبد المزن ، له صحبة ، ويعد في الحجازيين . تهذيب التهذيب ١ / ٣٨٩ ، ٣٩٠ .

(٢) رواه البيهقي ، في السنن الكبرى ٦ / ٢٢٢ ، وكان ذلك سنة ثمان عشرة ، بناحية الأردن . وعمواس : ضيعة على ستة أميال من الرملة على طريق بيت المقدس . انظر : العبر ١ / ٢١ .

(٣) راشد بن سعد المقرئ ، بضم الميم وسكون القاف ، ثقة لا بأس به ، توفي سنة ثمان ومائة . تهذيب التهذيب ٣ / ٢٢٥ ، ٢٢٦ .

(٤) حكيم بن عمر بن الأحوص العنسي ، تابعي ، لا بأس به . تهذيب التهذيب ٢ / ٤٥٠ .

(٥) في م زيادة : « فيحلف » .

الميراث له ، كما في سائر الحقوق ، بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل ، فلا تتوجه يمين ؛ لأن اليمين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به . واحتج من قال بعدم توريث بعضهم من بعض ، بما روى سعيد^(٦) ، حدثنا إسماعيل بن عياش ، عن يحيى بن سعيد : أن قتلَى اليمامة ، وقتلَى صفيين والحرّة ، لم يورثوا بعضهم من بعض ، وورثوا عصبتهم الأحياء . وقال^(٧) : حدثنا عبد العزيز بن محمد ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه : أن أم كلثوم بنت عليّ توفيت هي وابنها زيد بن عمر ، فالتقت الصيحتان في الطريق ، فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه ، فلم يرثه ولم يرثها . وأن أهل صفيين ، وأهل الحرّة لم يتوارثوا . ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث ، وهو غير معلوم ، ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ، ولأنه لم تعلم حياته حين موت موروثه ، فلم يرثه ، كالحمل إذا وضعت ميتا ، ولأن الأصل عدم التوريث فلا تثبته بالشك ، ولأن توريث كل واحد منهما خطأ يقينا ؛ لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معا ، أو سبق أحدهما به ، وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا ، مخالف للإجماع ، فكيف يعمل به ! فإن قيل : ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت ، وهو خطأ أيضا . قلنا : هذا غير متيقن ؛ لأنه يحتمل موتهما جميعا ، فلا يكون فيهما مسبوق . وقد احتج بعض أصحابنا بما روى إياس بن عبد^(٨) المزنّي ، أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت . فقال : يرث بعضهم بعضا . والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه ، وأنه هو المسئول ، وليس برواية عن النبي ﷺ . هكذا رواه سعيد في « سننه »^(٩) . وحكاه الإمام أحمد عنه . وقال أبو ثور ،^(١٠) وابن سريج^(١١) ، وطائفة من البصريين : يعطى كل وارث

(٦) في : باب الفرق والحرق ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٨٦ . والحديث الثاني أخرجه أيضا البيهقي ، في : باب

ميراث من عمى موته ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٢ .

(٧) في م : « عبد الله » . وتقدم في صفحة ١٧١ .

(٨) في : باب الفرق والحرق . السنن ١ / ٨٥ .

كما أورده البيهقي ، في : باب ميراث من عمى موته ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٣ .

والدارقطني ، في : كتاب الفرائض . سنن الدارقطني ٤ / ٧٤ .

(٩-٩) في م : « وشرح » .

الْيَقِينِ ، وَيُوقَفُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ ، حَتَّى يَتَيَّنَ / الْأَمْرُ ، أَوْ يَصْطَلِحُوا . وَقَالَ الْحَبْرِيُّ : هَذَا ١٦٠/٦
هُوَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا عَلِمَ مَوْتُ أَحَدِهِمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ . وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا .

وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ ؛ أَخَوَانِ غَرِقَا ، أَحَدُهُمَا مَوْلَى زَيْدٍ ، وَالْآخَرُ مَوْلَى عَمْرٍو ؛ مَنْ
وَرَّثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ ، جَعَلَ مِيرَاثَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمَوْلَى أَخِيهِ ، وَمَنْ لَمْ
يُورَثْ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ ، جَعَلَ مِيرَاثَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمَوْلَاهُ ، وَمَنْ قَالَ بِالْوَقْفِ ،
وَقَفَّ مَالَهُمَا . فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوْلَيْنِ أَنَّ مَوْلَاهُ آخِرُهُمَا مَوْتًا ، حَلَفَ كُلُّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إِبْطَالِ دَعْوَى صَاحِبِهِ ، وَأَخَذَ مَالَ مَوْلَاهُ عَلَى مَسْأَلَةِ الْخِرْقَى . وَإِنْ
كَانَتْ لهُمَا أُخْتُ ، فَلَهَا التُّلْثَانِ مِنْ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَالتَّصْفُفُ عَلَى
الْقَوْلِ ^(١٠) الثَّانِي . وَإِنْ حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنْتًا وَزَوْجَةً ، فَمَنْ لَمْ يُورَثْ بَعْضُهُمْ مِنْ
بَعْضٍ ، صَحَّحَهَا مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، لِأَمْرَاتِهِ الثَّمْنُ ، وَلابْنَتِهِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِي لِمَوْلَاهُ . وَمَنْ
وَرَّثَهُمْ ، جَعَلَ الْبَاقِيَ لِأَخِيهِ ، ثُمَّ قَسَّمَهُ بَيْنَ وَرَثَةِ أَخِيهِ عَلَى ثَمَانِيَةٍ ، ثُمَّ ضَرَبَهَا فِي الثَّمَانِيَةِ
الْأُولَى ، فَصَحَّحَتْ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَسِتِّينَ ^(١١) ؛ لِأَمْرَاتِهِ ثَمَانِيَةٍ ، وَلابْنَتِهِ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ ، وَلَامْرَأَةَ
أَخِيهِ ثَمْنُ الْبَاقِي ثَلَاثَةٌ ، وَلابْنَتُهُ اثْنَا عَشَرَ ، وَلِمَوْلَاهُ الْبَاقِي تِسْعَةٌ . أَخٌ وَأُخْتُ غَرِقَا ، وَلَهُمَا أُمُّ
وَعَمٌّ وَزَوْجَانِ ، فَمَنْ وَرَّثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ صَاحِبِهِ ، جَعَلَ مِيرَاثَ الْأَخِ بَيْنَ أَمْرَاتِهِ وَأُمِّهِ
وَأُخْتِهِ عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، فَمَا أَصَابَ الْأُخْتُ مِنْهَا فَهُوَ بَيْنَ زَوْجِهَا وَأُمِّهَا وَعَمِّهَا عَلَى سِتَّةٍ ،
فَصَحَّحَتْ الْمَسْأَلَتَيْنِ مِنْ ثَلَاثَةِ عَشَرَ ؛ لِامْرَأَةِ الْأَخِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِزَوْجِ الْأُخْتِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْأُمِّ
أَرْبَعَةٌ بِمِيرَاثِهَا مِنَ الْأَخِ ، وَاثْنَانِ بِمِيرَاثِهَا مِنَ الْأُخْتِ ، وَلِلْعَمِّ سَهْمٌ ، وَمِيرَاثُ الْأُخْتِ بَيْنَ
زَوْجِهَا وَأُمِّهَا وَأَخِيهَا عَلَى سِتَّةٍ ؛ لِأَخِيهَا سَهْمٌ بَيْنَ أُمِّهِ وَأَمْرَاتِهِ وَعَمِّهِ عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ ، تَضَرُّبُهَا
فِي الْأُولَى ، تَكُنْ مِنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، وَالضَّرَرُ فِي هَذَا الْقَوْلِ عَلَى مَنْ يَرِثُ مِنْ أَحَدِ الْمَيِّتَيْنِ

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

١٦٠/٦ ظ دُونَ الْآخِرِ ، وَيَنْتَفِعُ بِهِ مَنْ يَرِثُ مِنْهُمَا . ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ لِأَبَوَيْنِ ^(١٢) ، / غَرِقُوا ، وَلَهُمْ أُمٌّ وَعَصَبَةٌ ^(١٣) ، فَقَدَّرَ مَوْتَ أَحَدِهِمْ أَوَّلًا ، فَلَأُمُّهُ السُّدُسُ ، وَالْباقِي لِأَخَوَيْهِ ، فَتَضَرَّبُهَا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَخَوَيْهِ خَمْسَةٌ ، بَيْنَ أُمِّهِ وَعَصَبَتِهِ ، عَلَى ثَلَاثَةِ ، فَتَضَرَّبُهَا فِي الْأُولَى ، تَكُنْ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ ، لِلأُمِّ مِنْ مِيرَاثِ الْأَوَّلِ السُّدُسُ سِتَّةً ، وَمِمَّا وَرَثَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَخَوَيْنِ خَمْسَةٌ ، فَصَارَ لَهَا سِتَّةً عَشَرَ ، وَالْباقِي لِلْعَصَبَةِ ، وَلَهَا مِنْ مِيرَاثِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَخَوَيْنِ ^(١٤) مِثْلُ ذَلِكَ . ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ أَبُو بَكْرٍ . ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ غَرِقُوا ، وَخَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أُخْتَهُ لِأَبَوَيْهِ ، فَقَدَّرَ مَوْتَ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوَّلًا عَنْ أُخْتِهِ مِنْ أَبَوَيْهِ ، وَأَخَوَيْهِ مِنْ أَبِيهِ ، وَأَخَوَيْهِ مِنْ أُمِّهِ ، فَصَحَّتْ مَسْأَلَتُهُ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ؛ لِإِخِيهِ مِنْ أُمِّهِ مِنْهَا ثَلَاثَةٌ بَيْنَ أُخْتِهِ مِنْ أَبَوَيْهِ وَأُخْتِهِ مِنْ أُمِّهِ ، عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَأَصَابَ الْأَخُ مِنَ الْأَبِ مِنْهَا اثْنَانِ ^(١٥) ، بَيْنَ أَخِيهِ مِنْ أَبَوَيْهِ ، وَأُخْتِهِ مِنْ أَبِيهِ ، عَلَى أَرْبَعَةٍ ، فَتَجْتَزِي بِأَحَدَاهُمَا ، وَتَضَرَّبُهَا فِي الْأُولَى ، تَكُنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، ثُمَّ قَدَّرَ مَوْتَ الْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ، عَنْ أُخْتِ لِأَبَوَيْنِ ، وَأَخِ ، وَأُخْتِ لِأُمِّ ، فَمَسْأَلَتُهُ مِنْ خَمْسَةِ ^(١٦) . مَاتَ أَخُوهُ لِأُمِّهِ عَنْ ثَلَاثِ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، فَهِيَ مِنْ خَمْسَةِ ^(١٦) أَيْضًا ، تَضَرَّبُهَا فِي الْأُولَى ، تَكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ، ثُمَّ قَدَّرَ مَوْتَ الْأَخِ مِنَ الْأَبِ ، عَنْ أُخْتِ لِأَبَوَيْهِ ، وَأَخِ وَأُخْتِ لِأَبِيهِ ، فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ ، ثُمَّ مَاتَ الْأَخُ مِنَ الْأَبِ عَنْ ثَلَاثِ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، فَهِيَ مِنْ خَمْسَةِ ، تَضَرَّبُهَا فِي الْأُولَى ، تَكُنْ ثَلَاثِينَ . فَإِنْ خَلَفَ بَنَتًا وَأَخَوَيْنِ ، فَلَمْ يَفْتَسِمُوا التَّرِكَهَ حَتَّى غَرِقَ الْأَخَوَانِ ، وَخَلَفَ أَحَدُهُمَا امْرَأَةً وَبَنَتًا وَعَمًّا ؛ وَخَلَفَ الْآخَرُ ابْنَيْنِ ، وَابْنَتَيْنِ ؛ الْأُولَى مِنَ أَرْبَعَةٍ ، مَاتَ أَحَدُهُمَا عَنْ سَهْمٍ ، وَمَسْأَلَتُهُ مِنْ ثَمَانِيَةِ ، لِإِخِيهِ مِنْهَا ثَلَاثَةٌ ، بَيْنَ أَوْلَادِهِ عَلَى سِتَّةٍ ، رَجَعُوا إِلَى اثْنَيْنِ ، تَضَرَّبُهَا فِي ثَمَانِيَةِ ، تَكُنْ سِتَّةً عَشَرَ ، وَفَرِيضَةُ الْآخَرِ مِنْ سِتَّةٍ ، يَتَّفِقَانِ

(١٢) فِي م : : مِنْ أَبَوَيْنِ .

(١٣) فِي م : : أَوْ عَصَبَةٍ .

(١٤) فِي م : : الْأَبَوَيْنِ .

(١٥) فِي ١ ، ب ، م : : اثْنَيْنِ . عَلَى أَنَّ الْأَخَ فَاعِلٌ .

(١٦-١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

بالتَّصْفِ ، فَاضْطَرَبَ يَصْنَفُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى ، تُكُنْ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ ، ثُمَّ فِي أَرْبَعَةٍ ، تُكُنْ مِائَةً وَاثْنَيْنِ وَتَسْعِينَ ، / لِلْبَنَاتِ يَصْنَفُهَا ، وَلِأَوْلَادِ الْأَخِ عَنْ أَبِيهِمْ رُبُعُهَا ، وَعَنْ عَمِّهِمْ ثَمَانِيَةً عَشَرَ ، صَارَ لَهُمْ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ ، وَلِامْرَأَةِ الْأَخِ سِتَّةٌ ، وَلِبَنَاتِهِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ .

و ١٦١/٦

فصل : وَإِنْ عَلِمَ خُرُوجُ رُوحِهِمَا مَعًا فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ ، لَمْ يَرِثْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، وَوَرِثَ كُلُّ وَاحِدٍ الْأَحْيَاءَ مِنْ وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّ تَوْرِيثَهُ مَشْرُوطٌ بِحَيَاتِهِ بَعْدَهُ ، وَقَدْ عَلِمَ انْتِفَاءُ ذَلِكَ . وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا مَاتَ قَبْلَ صَاحِبِهِ بَعِيْنَهُ ، ثُمَّ أَشْكَلَ ، أُعْطِيَ كُلُّ وَارِثٍ الْيَقِينَ ، وَوُقِفَ الْبَاقِي حَتَّى يَتَبَيَّنَ الْأَمْرُ أَوْ يَصْطَلِحُوا . قَالَ الْقَاضِي : وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ يُقَسَّمُ عَلَى سَبِيلِ مِيرَاثِ الْفَرَقَى الَّذِينَ جُهِلَ حَالُهُمْ . وَإِنْ ادَّعَى وَرَثَةُ كُلِّ مَيِّتٍ أَنَّهُ آخِرُهُمَا مَوْتًا ، فَهِيَ مَسْأَلَةُ الْخَرْقَى . وَقَدْ نَصَّ فِيهَا الْإِمَامُ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّ وَرَثَةَ كُلِّ مَيِّتٍ يَحْلِفُونَ ، وَيَخْتَصِمُونَ^(١٧) بِمِيرَاثِهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَاسَ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ سَائِرُ الصُّوَرِ ، فَتُخْرَجُ^(١٨) فِي الْجَمِيعِ رِوَايَتَانِ ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَخْتَصَّ هَذَا الْحُكْمُ بِهَذِهِ الصُّورَةِ دُونَ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ فِيهَا مُدَّعٍ وَمُنْكَرٌ ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ ، بِخِلَافِ بَقِيَّةِ الصُّوَرِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٠٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ لَمْ يَرِثْ لَمْ يَحْجُبْ)

يَعْنَى مَنْ لَمْ يَرِثْ لِمَعْنَى فِيهِ ، كَالْمُخَالِفِ فِي الدِّينِ ، وَالرَّقِيقِ ، وَالْقَاتِلِ ، فَهَذَا لَا يَحْجُبُ غَيْرَهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَالتَّابِعِينَ ، إِلَّا ابْنَ مَسْعُودٍ ، وَمَنْ وَافَقَهُ ، فَإِنَّهُمْ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ ، وَالزَّوْجَيْنِ بِالْوَلَدِ الْكَافِرِ ، وَالْقَاتِلِ ، وَالرَّقِيقِ ، وَيَحْجُبُونَ الْأُمَّ بِالْإِخْوَةِ الَّذِينَ هُمْ كَذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَدَاوُدُ . وَتَابَعَهُ الْحَسَنُ فِي الْقَاتِلِ دُونَ غَيْرِهِ . وَلَعَلَّهُمْ تَمَسَّكُوا بِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ﴾^(١) . ﴿ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ﴾^(٢) . وَقَوْلُهُ تَعَالَى :

(١٧) فِي م : وَيَخْتَصِمُونَ .

(١٨) فِي م : فَيُخْرَجُ .

(١) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٢ .

ط ١٦١/٦ ﴿وَلَا بُنْيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ / مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾^(٢) . وَقَوْلُهُ : ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلْأُمِّهِ السُّدُسُ﴾^(٣) . وَهَؤُلَاءِ أَوْلَادٌ ، وَإِخْوَةٌ ، وَعَدَمُ إِرْثِهِمْ لَا يَمْنَعُ حَجْبَهُمْ ، كَالْإِخْوَةِ مَعَ الْأَبَوَيْنِ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ ، وَلَا يَرِثُونَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَلَدٌ لَا يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ مِنَ الْأُمِّ ، وَلَا يَحْجُبُ وَلَدَهُ ، وَلَا الْأَبَ إِلَى السُّدُسِ ، فَلَمْ يَحْجُبْ غَيْرَهُمْ ، كَالْمَيِّتِ ، وَلَأنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِي حَجْبِ غَيْرِ الْأُمِّ وَالزَّوْجَيْنِ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي حَجْبِهِمْ ، كَالْمَيِّتِ ، وَالآيَةُ أُريدَ بِهَا وَلَدٌ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَمَّا قَالَ : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِي تَرَكَ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيْنِ﴾^(٤) . أَرَادَ بِهِ الْوَارِثَ ، وَلَمْ يَدْخُلْ هَذَا فِيهِمْ ، وَلَمَّا قَالَ : ﴿إِنْ أَمْرُو هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ﴾^(٥) . لَمْ يَدْخُلْ هَذَا فِيهِمْ . وَأَمَّا الْإِخْوَةُ مَعَ الْأَبِ ، فَهَمَّ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْلَا الْأَبُ لَوَرِثُوا ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ عَلَيْهِمْ غَيْرُهُمْ ، وَمُنِعُوا مَعَ أَهْلِيَّتِهِمْ ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُمْ أَوْلَى مِنْهُمْ ، فَامْتَنَعَ إِرْثُهُمْ لِمَانِعٍ ، لَا لَا نِفَاءِ الْمُقْتَضَى .

فصل : فَأَمَّا مَنْ لَمْ^(٦) يَرِثْ لِحَجْبِ غَيْرِهِ لَهُ ، فَإِنَّهُ يَحْجُبُ ، وَإِنْ لَمْ يَرِثْ ، كَالْإِخْوَةِ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ ، وَهَمَّ مَحْجُوبُونَ بِالْأَبِ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ إِرْثِهِمْ لَمْ يَكُنْ لِمَعْنَى فِيهِمْ ، وَلَا لَا نِفَاءِ أَهْلِيَّتِهِمْ ، بَلْ لِقَدِيمِ غَيْرِهِمْ عَلَيْهِمْ ، وَالْمَعْنَى الَّذِي حُجِّبُوا بِهِ فِي حَالِ إِرْثِهِمْ مُوجُودٌ ، مَعَ حَجْبِهِمْ عَنِ الْمِيرَاثِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا اجْتَمَعَ أَبَوَانِ وَأَخَوَانِ أَوْ أُخْتَانِ ؛ فَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَالبَاقِي لِلْأَبِ ، وَيَحْجُبُ الْأَخَوَانِ الْأُمَّ عَنِ السُّدُسِ ، وَلَا يَرِثُونَ شَيْئًا . وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ أَبَاهُ وَأُمُّ أَبِيهِ وَأُمُّ أُمِّهِ ، لَحَجَبَ^(٧) الْأَبُ أُمَّهُ عَنِ الْمِيرَاثِ ، وَحَجَبَتْ أُمُّهُ أُمَّ أُمِّ الْأُمِّ ، عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَحْجُبُ الْجَدَّةَ بَائِنَهَا ، وَالْبُعْدَى مِنَ الْجَدَّاتِ بِمَنْ هِيَ أَقْرَبُ مِنْهَا ، وَيَكُونُ الْمَالُ جَمِيعُهُ لِلْأَبِ .

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) سورة النساء ١٧٦ .

(٤) في م : « لا » .

(٥) في ١ : « يحجب » .

فصل : في ميراث الحمل : إذا مات الإنسان عن حمل يرثه ، وقف الأمر حتى يتبين ، فإن طالب الورثة بالقسم^(٦) ، لم يعطوا كل المال ، بغير / خلاف ، إلا ما حكي عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ، ولكن يدفع إلى من لا ينقصه الحمل كمال ميراثه ، وإلى من ينقصه أقل ما يصيبه ، ولا يدفع إلى من يسقطه شيء ، فأما من يشاركه ، فأكثر أهل العلم قالوا : يوقف للحمل شيء ، ويدفع إلى شركائه الباقي . وهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والليث ، وشريك ، ويحيى بن آدم . وهو رواية الربيع عن الشافعي . والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء ؛ لأن الحمل لا حد له ، ولا تعلم كم يترك له . وقد حكى المازدي ، قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ، ورد طالبا للعلم ، وكان من أهل الدين والفضل ، أن امرأة ولدت باليمن شيئا^(٧) كالكرشي ، فظن أن لا ولد فيه ، فالتقى على قارعة الطريق ، فلما طلعت الشمس وحيى بها ، تحرك فأخذ وشق ، فخرج منه سبعة أولاد ذكور ، وعاشوا جميعا ، وكانوا خلقا سويا ، إلا أنه كان في أعضادهم قصر ، قال : وصارعني أحدهم فصرعني ، فكنت أعير به ، فيقال : صرعت سبع رجل . وقد أخبرني من أثنى به سنة ثمان وستمائة ، أو سنة تسع ، عن ضريح بدمشق أنه قال : ولدت امرأتى في هذه الأيام سبعة في بطن واحد ، ذكورا وإناثا . وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها ، وتزوجت بعده من كان يقرأ على ، وكانت تلد ثلاثة في كل بطن . وقال غيره : هذا نادر ، ولا يعول عليه ، فلا يجوز منع الميراث من أجله ، كما لو لم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف ، فروى عن أحمد ، أنه يوقف نصيب ذكرين ، إن كان ميراثهما أكثر ، أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر . وهذا قول محمد بن الحسن ، واللؤلؤي . وقال شريك : يوقف نصيب أربعة ، فإن رأى بني إسماعيل أربعة ، ولدوا في بطن واحد ، محمد ، وعمر ، وعلي . قال يحيى بن آدم : وأظن الرابع إسماعيل . / وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ، ورواه الربيع عن

(٦) في ١ ، م : « بالقسم » .

(٧) في م زيادة : « كان » .

الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ اللَّيْثُ ، وَأَبُو يَوْسَفَ : يُوقَفُ نَصِيبُ غُلَامٍ ، وَيُؤْخَذُ ضَمِيمٌ مِنَ الْوَرِثَةِ . وَلَنَا ؛ أَنَّ وِلَادَةَ التَّوَامَيْنِ كَثِيرٌ مُعْتَادٌ ، فَلَا يَجُوزُ قَسْمُ نَصِيبِهِمَا ، كَالْوَاحِدِ ، وَمَا زَادَ عَلَيْهِمَا نَادِرٌ ، فَلَمْ يُوقَفْ لَهُ شَيْءٌ كَالْخَامِسِ ، وَالسَّادِسِ ، وَمَتَى وَلَدَتْ الْمَرْأَةُ مِنْ يَرِثُ الْمُتَوَقَّفُ كُلَّهُ أَخَذَهُ ، وَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ رُدَّ إِلَى أَهْلِهِ ، وَإِنْ أَعُوزَ شَيْئًا رَجَعَ عَلَى مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ .

مسائل من ذلك : امْرَأَةٌ حَامِلٌ وَبَنَتْ ، لِلْمَرْأَةِ الثَّمَنُ ، وَلِلْبَنَةِ خُمُسُ الْبَاقِ . وَفِي قَوْلِ شَرِيكَ تُسَعُّهُ . وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسَفَ ثَلَاثَةُ بَضَمِينَ . وَلَا يُدْفَعُ إِلَيْهَا شَيْءٌ فِي الْمَشْهُورِ عَنِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَإِنْ كَانَ مَكَانَ الْبَنَةِ ابْنٌ ، دُفِعَ إِلَيْهِ ثَلَاثُ الْبَاقِ ، أَوْ خُمُسُهُ ، أَوْ نِصْفُهُ ، عَلَى اخْتِلَافِ الْأَقْوَالِ . وَمَتَى زَادَتْ الْفُرُوضُ عَلَى ثَلَاثِ الْمَالِ ، فَمِيرَاثُ الْإِنَاثِ أَكْثَرُ ، فَإِذَا خَلَّفَ أَبَوَيْنِ ، وَامْرَأَةٌ حَامِلًا ، فَلِلْمَرْأَةِ ثَلَاثَةٌ مِنْ سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ ، وَلِلْأَبَوَيْنِ ثَمَانِيَةٌ مِنْهَا ، وَيُوقَفُ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَيَسْتَوِي هَهُنَا قَوْلُ مَنْ وَقَفَ نَصِيبَ ^(٨) ابْنَتَيْنِ ، وَقَوْلُ مَنْ وَقَفَ نَصِيبَ ^(٨) أَرْبَعَةٍ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : تُعْطَى الْمَرْأَةُ ثَمَنًا كَامِلًا ، وَالْأَبَوَانِ ثَلَاثًا كَامِلًا ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُمَا ضَمِيمٌ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا بَنَاتٌ دُفِعَ إِلَيْهَا ثَلَاثَةٌ عَشَرَ مِنْ مِائَةِ وَعِشْرِينَ . وَفِي قَوْلِ شَرِيكَ ، ثَلَاثَةٌ عَشَرَ مِنْ مِائَتَيْنِ وَسِتَّةَ عَشَرَ . وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسَفَ ، ثَلَاثَةٌ عَشَرَ مِنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، وَيُؤْخَذُ مِنَ الْكُلِّ ضَمَنَاءُ مِنَ الْبَنَاتِ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يُوَلَّدَ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ ، وَمِنْ الْبَاقِينَ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَعُولَ الْمَسْأَلَةُ . وَعَلَى قَوْلِنَا يُوَافِقُ بَيْنَ سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ وَمِائَةِ وَعِشْرِينَ بِالْأَثْلَافِ ، وَتَضَرِبُ ثَلَاثُ إِحْدَاهُمَا فِي جَمِيعِ الْأُخْرَى ، تَكُنُ أَلْفًا وَثَمَانِينَ ، وَتُعْطَى الْبَنَاتُ ثَلَاثَةٌ عَشَرَ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنُ مِائَةً وَسَبْعَةَ عَشَرَ ، وَلِلْأَبَوَيْنِ وَالْمَرْأَةِ أَحَدٌ عَشَرَ فِي أَرْبَعِينَ ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مُوقُوفٌ . زَوْجٌ وَأُمٌّ حَامِلٌ مِنْ

(٨-٨) سقط من : م .

الأب ، المسألة من ثمانية ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، ويوقف^(٩) أربعة . وقال أبو يوسف : هي من ثمانية ، يُدْفَعُ إلى الزوج / ثلاثة ، وإلى الأم سهمان^(١٠) ، ويوقف ثلاثة ، وتأخذ منها ضمينًا ، هكذا حكى الخبرُ عنه . فإن كان في المسألة من يسقط بولد الأبوين ، كعصبية ، أو أحد من ولد الأب ، لم يُعْطَ شيئًا . ولو كان في هذه المسألة جدٌ ، فللزوج الثلث ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، والباقي موقوف . وقال أبو حنيفة : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، ويوقف^(١١) السدس بين الجد والأم ، ولا شيء للحمل ؛ لأنَّ الجد يسقطه . وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ، ويوقف أربعة أسهم . وحكى عن شريك ، أنه كان يقول بقول علي في الجد ، فيقف هُنا نصيب الإناث ، فيكون عنده من تسعة ، ويوقف^(١٢) منها أربعة . ولو لم يكن فيها زوج ، كان للأم السدس وللجد ثلث الباقي ، ويقف عشرة من ثمانية عشر . وعند أبي حنيفة للجد الثلثان ، وللأم السدس ، ويوقف السدس بينهما . قول أبي يوسف ، يقف الثلث ، ويُعطى كل واحد منهما ثلثًا ، ويُؤخذ منهما ضمين . ومتى خلف ورثة ، وأما تحت الزوج ، فيتبغى للزوج الإنساك عن وطئها ، ليعلم أحامل هي أم لا ؟ كذا روى عن علي ، وعمر بن عبد العزيز ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّحَّعِيُّ ، وقتادة ، في آخرين . وإن وطئها قبل استبائنها ، فأنث بولد لأقل من ستة أشهر ، ورث ، لأنَّ^(١٣) نعلم أنها كانت حاملاً به ، وإن ولدته لأكثر من ذلك ، لم ترث ، إلا أن يُقرَّ الورثة أنها كانت حاملاً به يوم موت ولدها .

فصل : ولا يرث الحمل إلا بشرطين ؛ أحدهما ، أن يعلم أنه كان موجودًا حال

(٩) في ١ : « ويوقف » .

(١٠) في الأصل ، ١ : « سهمين » .

(١١) في الأصل ، ١ : « ويوقف » .

(١٢) سقطت الواو من : ١ .

(١٣) في م زيادة : « لا » .

الموت ، ويُعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر ، فإن أتت به لأكثر من ذلك نظرنا ، فإن كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث ، إلا أن يُقر^(١٤) الورثة أنه كان موجودا حال الموت ، وإن كانت لا توطأ ، إما لعدم الزوج ، أو السيد ، وإما لغيرتهما^(١٥) ، أو اجتنابهما الوطاء ، عجزا أو قصدا أو غيره ، ورث ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل ، وذلك أربع سنين في أصح الروايتين ، وفي الأخرى سنتان . والثاني ، / أن تضعه حيا ، فإن وضعته ميتا لم يرث ، في قولهم جميعا ، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة ، واختلفوا على أنه إذا استهل صارحا ورث ، وورث . وقد روى أبو داود^(١٦) بإسناده ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا استهل المولود ورث » . وروى ابن ماجه^(١٧) بإسناده ، عن جابر ، عن النبي ﷺ مثله . واختلفوا فيما سوى الاستهلال ، فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهل ، ولا يقوم غيره مقامه ، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو ؟ فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهل صارحا . فالمشهور عن أحمد ، رضي الله عنه ، أنه لا يرث حتى يستهل . وروى ذلك عن ابن عباس ، والحسن بن علي ، وأبي هريرة ، وجابر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، وشريح ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخعي ، والشعبي ، وربيعة ، ويحيى بن سعيد ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، ومالك ، وأبي عبيد ، وإسحاق ؛ لأن مفهوم قول النبي ﷺ : « إذا استهل المولود ورث » . أنه لا يرث بغير الاستهلال ، وفي لفظ ذكره ابن سُرَاقَة ، عن النبي ﷺ ، أنه قال في الصبي المنفوس : « إذا وقع صارحا فاستهل ، ورث ، وتمت ديتة ، وسمى ، وصلى عليه ، وإن وقع حيا ولم يستهل صارحا ، لم تتم ديتة ، وفيه غرة ؛ عبدا ، أو أمة ، على

(١٤) في م : « يقل » تحريف .

(١٥) في م : « لغيرتهما » .

(١٦) في : باب في المولود يستهل ثم يموت ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٥ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب ميراث الحمل ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٥٧ .

(١٧) في : باب ما جاء في الصلاة على الطفل ، من كتاب الجنائز ، وفي : باب إذا استهل المولود ورث ، من كتاب

الفرائض . سنن ابن ماجه ١ / ٤٨٣ ، ٢ / ٩١٩ .

الْعَاقِلَةُ» ^(١٨) . ولأنَّ الاستِهْلَالَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ حَيٍّ ، وَالْحَرَكَةُ تَكُونُ مِنْ غَيْرِ حَيٍّ ، فَإِنَّ اللَّحْمَ يَخْتَلِجُ سَيِّمًا إِذَا خَرَجَ مِنْ مَكَانٍ ضَيِّقٍ ، فَتَضَامَتْ أَجْزَاؤُهُ ، ثُمَّ خَرَجَ إِلَى مَكَانٍ فَسِيحٍ ، فَإِنَّهُ يَتَحَرَّكُ مِنْ غَيْرِ حَيَاةٍ فِيهِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ فِيهِ حَيَاةٌ ، فَلَا نَعْلَمُ كَوْنَهَا مُسْتَقَرَّةً ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ كَحَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ ، فَإِنَّ الْحَيَوَانَاتِ تَتَحَرَّكُ بَعْدَ الذَّبْحِ حَرَكَةً شَدِيدَةً ، وَهِيَ فِي حُكْمِ الْمَيِّتِ ، وَاخْتَلَفَ فِي الاستِهْلَالِ مَا هُوَ ؟ فَقِيلَ : هُوَ ^(١٩) الصُّرَاخُ خَاصَّةً . وَهَذَا قَوْلٌ مَنْ ذَكَرْنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . وَرَوَاهُ أَبُو طَالِبٍ ^(٢٠) ، عَنْ أَحْمَدَ ، فَقَالَ : لَا يَرِثُ إِلَّا مَنْ اسْتَهْلَلَ صَارِخًا . وَإِنَّمَا سُمِّيَ الصُّرَاخُ / مِنَ الصَّبِيِّ الاستِهْلَالَ تَجَوُّزًا ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ النَّاسَ إِذَا رَأَوْا الْهَلَالَ صَاحُوا عِنْدَ رُؤْيَيْهِ ، وَاجْتَمَعُوا ، وَأَرَاهُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، فَسُمِّيَ الصَّوْتُ عِنْدَ اسْتِهْلَالِ الْهَلَالَ اسْتِهْلَالًا ، ثُمَّ سُمِّيَ الصَّوْتُ مِنَ الصَّبِيِّ الْمَوْلُودِ اسْتِهْلَالًا ؛ لِأَنَّهُ صَوْتُ عِنْدَ وُجُودِ شَيْءٍ يُجْتَمَعُ لَهُ ، وَيُفْرَحُ بِهِ . وَرَوَى يَوْسُفُ بْنُ مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : يَرِثُ السَّقَطُ وَيُورَثُ ، إِذَا اسْتَهْلَلَ . فَقِيلَ لَهُ : مَا اسْتِهْلَالُهُ ؟ قَالَ : إِذَا صَاحَ أَوْ عَطَسَ أَوْ بَكَى . فَعَلَى هَذَا كُلِّ صَوْتٍ يَوْجَدُ مِنْهُ ، نَعْلَمُ بِهِ حَيَاتِهِ ، فَهُوَ اسْتِهْلَالٌ . وَهَذَا قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ صَوْتُ عُلِمَتْ بِهِ حَيَاتُهُ ، فَأَشْبَهَ الصُّرَاخَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً ثَالِثَةً ، إِذَا عُلِمَتْ حَيَاتُهُ بِصَوْتٍ أَوْ حَرَكَةٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَرِثَ ، وَثَبَّتَ لَهُ أَحْكَامُ الْمُسْتَهْلِ ، لِأَنَّهُ حَيٌّ فَتَثَبَّتَ لَهُ أَحْكَامُ الْحَيَاةِ ، كَالْمُسْتَهْلِ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ ، وَدَاوُدُ . وَإِنْ خَرَجَ بَعْضُهُ حَيًّا فَاسْتَهْلَلَ ، ثُمَّ انفَصَلَ بَاقِيَهُ مَيِّتًا ، لَمْ يَرِثْ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ : إِذَا خَرَجَ أَكْثَرُهُ فَاسْتَهْلَلَ ثُمَّ مَاتَ ، وَرِثَ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِذَا اسْتَهْلَلَ الْمَوْلُودُ وَرِثَ » . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ جَمِيعُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ مَاتَ قَبْلَ خُرُوجِ أَكْثَرِهِ .

(١٨) انظر إرواء الغليل ٦ / ١٤٧ .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) في م : الخطاب .

فصل : وإن وَلَدَتْ تَوَامِين ، فَاسْتَهْلَ أَحَدُهُمَا ، وَلَمْ يُعْلَمْ بِعَيْنِهِ ، فَإِنْ كَانَ ذَكَرَيْنِ ، أَوْ اثْنَيْنِ ، أَوْ ذَكَرًا وَائْتَى ، لَا يَخْتَلِفُ مِيرَاثُهُمَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا وَائْتَى يَخْتَلِفُ مِيرَاثُهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ جَعَلَ الْمُسْتَهْلُ ، كَمَا لَوْ طَلَّقَ إِحْدَى نِسَائِهِ فَلَمْ تُعْلَمْ بِعَيْنِهَا ثُمَّ مَاتَ ، أَخْرَجَتْ بِالْقُرْعَةِ . وَقَالَ الْحَبْرِيُّ : لَيْسَ فِي هَذَا عَنِ السَّلَفِ نَصٌّ . وَقَالَ الْفَرَضِيُّونَ : تُعْمَلُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْحَالَيْنِ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَارِثٍ الْيَقِينَ ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي حَتَّى يَصْطَلِحُوا عَلَيْهِ .

١٦٤/٦ ط وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ / الْإِحْتِمَالِ .

وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ : رَجُلٌ خَلَفَ أُمُّهُ وَأَخَاهُ وَأُمُّ وَلَدٍ حَامِلًا مِنْهُ ، فَوَلَدَتْ تَوَامِين ، ذَكَرًا وَائْتَى ، فَاسْتَهْلَ أَحَدُهُمَا ، وَلَمْ يُعْلَمْ بِعَيْنِهِ ، فَقِيلَ : إِنْ كَانَ الْإِبْنُ الْمُسْتَهْلُ ، فَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لَهُ ، تَرِثُ أُمُّهُ ثُلُثَهُ ، وَالْبَاقِي لِعَمِّهِ ، فَاضْرِبْ ثَلَاثَةً فِي سِتِّهِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَّةَ عَشَرَ ، لِلْأُمِّ الْمِثْلُ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْأُمِّ الْوَلَدِ خَمْسَةٌ ، وَلِلْعَمِّ عَشْرَةٌ . وَإِنْ كَانَتْ الْبِنْتُ الْمُسْتَهْلَةُ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتِّهِ ، فَتَمُوتُ الْبِنْتُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ، لِلْأُمِّ سَهْمٌ ، وَلِعَمُّهَا سَهْمَانِ ، وَالسِتَّةُ تَدْخُلُ فِي ثَمَانِيَّةَ عَشَرَ ، فَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَانِيَّةِ عَشَرَ مَضْرُوبٌ فِي وَاحِدٍ ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ السِتَّةِ مَضْرُوبٌ فِي ثَلَاثَةٍ ، فَسُدُسُ الْأُمِّ لَا يَتَغَيَّرُ ، وَلِلْعَمِّ مِنَ السِتَّةِ أَرْبَعَةٌ فِي ثَلَاثَةٍ اثْنَا عَشَرَ ، وَلَهُ مِنَ الثَّمَانِيَّةِ عَشَرَ عَشْرَةً فِي وَاحِدٍ ، فَهَذَا الْيَقِينُ فَيَأْخُذُهُ ، وَلِلْأُمِّ الْوَلَدِ خَمْسَةٌ فِي سَهْمٍ ، وَسَهْمٌ فِي ثَلَاثَةٍ ، فَيَأْخُذُهَا ، وَيَقِفُ سَهْمَيْنِ بَيْنَ الْأَخِ وَأُمِّ الْوَلَدِ حَتَّى يَصْطَلِحَا عَلَيْهَا . وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَسِّمًا^(٢١) بَيْنَهُمَا . امْرَأَةٌ حَامِلٌ وَعَمٌّ ، وَلَدَتْ الْمَرْأَةُ ابْنًا وَبِنْتًا ، وَاسْتَهْلَ أَحَدُهُمَا ، وَلَمْ يُعْلَمْ ، فَالْمَسْأَلَتَانِ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، إِذَا أُعْطِيَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ أَقْلٌ مِنْ^(٢٢) نَصِيبِهِ بِقِيَّتِ ثَلَاثَةِ مَوْقُوفَةٍ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتُ ، فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ مِنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، وَالْمَوْقُوفُ اثْنَا عَشَرَ . امْرَأَةٌ وَعَمٌّ وَأُمُّ حَامِلٍ مِنْ

(٢١) فِي م : « يَقْتَسِمَا » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : أ .

الأب ، وَلَدَتْ ابْنًا وَبِنْتًا ، فَاسْتَهْلَ أَحَدُهُمَا ، فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَهْلُ الْأَخَ ، فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، وَإِنْ كَانَتْ الْأُخْتُ الْمُسْتَهْلَةَ ، فَهِيَ مِنْ ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، فَاَلْمَسَانِ مَتَابِئَتَانِ ، فَاضْرِبْ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى ، تَكُنْ أَرْبَعًا وَعِشْرِينَ ، وَكُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ مَضْرُوبٌ فِي الْأُخْرَى ، فَيَدْفَعُ ^(٢٣) إِلَى كُلِّ ^(٢٣) وَاحِدٍ أَقْلَ النَّصِيبَيْنِ ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ عَشَرَ ، مِنْهَا تَسَعَةٌ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَالْعَمِّ ، وَخَمْسَةٌ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْعَمِّ . فَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ وَالْأُمُّ حَامِلَتَيْنِ ، فَوَضَعَتَا مَعًا ، فَاسْتَهْلَ أَحَدُهُمَا ، فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُرْجَعُ إِلَى سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، فَيُعْطَى كُلُّ وَارِثٍ أَقْلَ النَّصِيبَيْنِ ، وَيَبْقَى أَحَدُ عَشَرَ ، مِنْهَا أَرْبَعَةٌ مَوْفُوقَةٌ / بَيْنَ الزَّوْجَةِ وَالْأُمِّ ، وَسَبْعَةٌ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْعَمِّ .

و ١٦٥/٦

فصل : وَإِذَا وَلَدَتِ الْحَامِلُ ثَوَامِنِينَ ، فَسُمِعَ الْاسْتِهْلَالُ مِنْ أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ سُمِعَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَلَمْ يُدْرَ أَهْوَى مِنَ الْأَوَّلِ ، أَوْ مِنَ الثَّانِي ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ الْمِيرَاثُ لِمَنْ عَلِمَ اسْتِهْلَالُهُ دُونَ مَنْ شَكَّكَ نَافِيهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ اسْتِهْلَالِهِ . فَعَلَى هَذَا الْإِحْتِمَالِ ، إِنْ عَلِمَ الْمُسْتَهْلُ بِعَيْنِهِ ، فَهُوَ الْوَارِثُ وَحْدَهُ ، وَإِنْ جَهِلَ عَيْنُهُ ، كَانَ كَمَا لَوْ اسْتَهْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لَا بِعَيْنِهِ . وَقَالَ الْفَرَضِيُّونَ : يُعْمَلُ عَلَى الْأَحْوَالِ ، فَيُعْطَى كُلُّ وَارِثٍ الْيَقِينَ ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي .

وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ : أُمُّ حَامِلٍ وَأُخْتُ لِأَبٍ وَعَمٌّ ، وَلَدَتْ الْأُمُّ بِنْتَيْنِ ، فَاسْتَهْلَتْ إِحْدَاهُمَا ، ثُمَّ سُمِعَ الْاسْتِهْلَالُ مَرَّةً أُخْرَى ، فَلَمْ يُدْرَ هَلْ اسْتَهْلَتْ الْأُخْرَى ، أَوْ تَكَرَّرَ مِنْ وَاحِدَةٍ ؟ فَقِيلَ : إِنْ كَانَ مِنْهُمَا جَمِيعًا ، فَقَدْ مَاتَتَا عَنْ أَرْبَعَةٍ مِنْ سِتَّةٍ ، وَلَا يُعْلَمُ أَوَّلُهُمَا مَوْتًا ، فَحُكْمُهُمَا حُكْمُ الْعَرْقَى ، فَمَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّهُ لَا ثَوْرُثُ إِحْدَاهُمَا مِنَ الْأُخْرَى ، قَالَ : قَدْ خَلَفْنَا أُمًّا وَأُخْتًا وَعَمًّا ، فَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، وَإِنْ كَانَ الْاسْتِهْلَالُ مِنْ وَاحِدَةٍ ، فَقَدْ مَاتَتْ عَنْ ثَلَاثَةِ مِنْ سِتَّةٍ ، فَتَصِحُّ مِنْ اثْنَى عَشَرَ ، وَيَتَنَهَمَا مُوَافَقَةً

(٢٣-٢٢) فِي م : ١٠ لِكُلِّ ١٠ .

بالسُّدُسِ ، فَتَصِيرُ سِتَّةٌ وَثَلَاثِينَ ، لِلْأُمِّ اثْنَا عَشَرَ ، وَلِلْأُخْتِ كَذَلِكَ ، وَلِلْعَمِّ تِسْعَةٌ ، وَتَقِفُ ثَلَاثَةٌ ، تَدْعِي الْأُمُّ مِنْهَا سَهْمَيْنِ ، وَالْعَمُّ سَهْمًا ، وَتَدْعِيهَا الْأُخْتُ كُلُّهَا ، فَيَكُونُ سَهْمَانِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْأُمِّ ، وَسَهْمٌ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعَمِّ . زَوْجٌ وَجَدَّ وَأُمٌّ حَامِلٌ ، وَلِدَتْ ابْنًا ، وَبِنْتًا ، فَاسْتَهْلَأَ أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ سَمِعَ الْاسْتِهْلَالَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَلَمْ يُذَرِّ مَمْنٌ هُوَ ؟ فَإِنْ كَانَ الْاسْتِهْلَالُ تَكَرَّرَ مِنَ الْبِنْتِ ، فَهِيَ الْأَكْذَرِيَّةُ ، وَمَاتَتْ عَنْ أَرْبَعَةٍ ، بَيْنَ أُمِّهَا وَجَدَّهَا ، فَتَصِحُّ مِنْ أَحَدِ ثَمَانِينَ ، وَإِنْ تَكَرَّرَ مِنَ الْأَخِ لَمْ يَرِثْ شَيْئًا ، وَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ ، لِلْجَدِّ مِنْهَا سَهْمٌ ، وَإِنْ كَانَ مِنْهُمَا ، فَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَلِلزَّوْجِ النُّصْفُ ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ ، وَلَهُمَا السُّدُسُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، فَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، وَالثَّلَاثَةُ الَّتِي لَهَا بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُمِّ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، فَصَارَ لِلْأُمِّ أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْجَدِّ خَمْسَةٌ وَثَمَانِيَةُ عَشَرَ ، تُوَفَّقُ أَحَدًا وَثَمَانِينَ ، بِالْإِتْسَاعِ ، / فَتَصِيرُ مِائَةٌ وَاثْنَيْنِ وَسِتِّينَ ، لِلزَّوْجِ حَقُّهُ مِنَ الْأَكْذَرِيَّةِ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسُونَ ، وَلِلْأُمِّ تُسَعَا الْمَالُ مِنْ مَسْأَلَةِ اسْتِهْلَالِهِمَا مَعًا ، سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ مِنْ مَسْأَلَةِ اسْتِهْلَالِ الْأَخِ وَحْدَهُ ، سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، يَدْعِي الزَّوْجُ مِنْهَا سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، وَالْأُمُّ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَيَدْعِي مِنْهَا الْجَدُّ سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ ، وَتَعُولُ الثَّمَانِيَةُ الْفَاضِلَةُ لِلْأُمِّ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تُدْفَعَ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ وَالْجَدَّ يُقْرَانُ لَهَا بِهَا .

فصل : وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنٌ حَامِلٍ فَأَسْقَطَتْ ، فَعَلَى الضَّارِبِ غُرَّةٌ مَوْرُوثَةٌ عَنِ الْجَنِينِ ، كَأَنَّهُ سَقَطَ حَيًّا . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَسَائِرُ الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا شَيْئًا يُحْكِي عَنْ رَبِيعَةَ ، وَاللَّيْثِ ، وَهُوَ شُدُوذٌ لَا يُعْرِجُ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ تُورَثُونَ مِنْهُ ، وَهُوَ لَا يَرِثُ ؟ قُلْنَا : نُورِثُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بَدَلُ عَنْهُ ، فَوَرِثَتْهُ وَرِثَتْهُ ، كِدِيَّةٍ غَيْرِ الْجَنِينِ ، وَأَمَّا تَوْرِيثُهُ فَمِنْ شَرْطِهِ كَوْنُهُ حَيًّا حِينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ ، فَلَا تُورِثُهُ مَعَ الشُّكِّ فِي حَيَاتِهِ .

فصل : وَدِيَّةُ الْمَقْتُولِ مَوْرُوثَةٌ عَنْهُ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ اخْتَلَفَ فِيهَا^(٢٤) عَنْ

(٢٤) فِي م : فِيهِ .

على ، فروى عنه مثل قول الجماعة ، وعنه لا يرثها إلا عصباته الذين يعقلون عنه . وكان عمر يذهب إلى هذا ، ثم رجع عنه ، لما بلغه عن النبي ﷺ ، توريث المرأة من دية زوجها . قال سعيد^(٢٥) ، حدثنا سفيان ، حدثنا الزهري ، سمع سعيد بن المسيب ، يقول : كان عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه ، يقول : الدية للعاقلة ، ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا . فقال له الضحاك الكلابي : كتب إلى رسول الله ﷺ ، أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وروى الإمام أحمد^(٢٦) بإسناده ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ قضى أن العقل ميراث بين ورثة القتيل على فرائضهم . وبإسناده^(٢٧) عن ابن عباس أن النبي ﷺ / قال : « المرأة ترث من مال زوجها وعقله ، ويرث هو من مالها وعقلها ، ما لم يقتل واحد منهما صاحبه » . إلا أن في إسناده رجلا مجهولا . وقال إبراهيم : قال رسول الله ﷺ : « الدية على الميراث ، والعقل على العصبية »^(٢٨) . وقال أبو ثور : هي على الميراث ، ولا تقضى منها ديونه ، ولا تُنفذ منها وصاياه . وعن أحمد نحو من هذا . وقد ذكر الخرقى في من أوصى بثلث ماله لرجل ، فقتل ، وأخذت دينه ، فلموصى له بالثلث ثلث الدية ، في إحدى الروايتين . والأخرى ، ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء ، ومبني هذا على أن الدية على^(٢٩) ملك الميت ، أو على ملك الورثة ابتداء ؟ وفيه روايتان ؛ أحدهما ، أنها تحدث على

و ١٦٦/٦

-
- (٢٥) في : باب ميراث المرأة من دية زوجها . سنن سعيد بن منصور ١ / ٩٨ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المرأة ترث من دية زوجها ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٧ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في ميراث المرأة من دية زوجها ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٦٠ . وابن
ماجه ، في : باب الميراث من الدية ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٨٣ .
(٢٦) في : المسند ٢ / ٢٢٤ .
(٢٧) أخرجه ابن ماجه ، في : باب ميراث القاتل ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٤ . والدارقطني ،
في : كتاب الفرائض . سنن الدارقطني ٤ / ٧٥ ، ٧٦ . كلاهما عن عبد الله بن عمرو .
(٢٨) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب ميراث المرأة من دية زوجها . السنن ١ / ٩٩ .
(٢٩) سقط من : م .

مِلْكِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسِهِ ، فَيَكُونُ بَدْلُهَا لَهُ ، كِدْيَةِ أَطْرَافِهِ الْمَقْطُوعَةِ مِنْهُ فِي الْحَيَاةِ ، وَلَآئِهِ لَوْ أَسْفَطَهَا عَنْ الْقَاتِلِ بَعْدَ جَرْحِهِ إِيَّاهُ ، كَانَ صَحِيحًا ، وَلَيْسَ لَهُ إِسْقَاطُ حَقِّ الْوَرَثَةِ ، وَلَآئِهَا مَالُ مَوْرُوثٍ ، فَأَشْبَهَتْ سَائِرَ أَمْوَالِهِ . وَالْأُخْرَى ، أَنَّهَا تَخْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْوَرَثَةِ ابْتِدَاءً ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَبِالْمَوْتِ تَزُولُ أَمْلَاكُ الْمَيِّتِ الثَّابِتَةُ لَهُ ، وَيَخْرُجُ عَنْ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِلْمِلْكِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لَوَرَثَتِهِ ابْتِدَاءً . وَلَا أَعْلَمُ خِلَافًا فِي أَنَّ الْمَيِّتَ يُجَهَّزُ مِنْهَا ، إِنْ كَانَ قَبْلَ تَجْهِيزِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، لَوَجِبَ تَجْهِيزُهُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ تَفَقُّهُ لَوْ كَانَ فَقِيرًا ، فَأَوَّلَى أَنْ يَجِبَ ذَلِكَ فِي دِينِهِ .

فصل : في ميراث المفقود ، وهو نوعان ؛ أحدهما ، الغالب من حاله الهلاك ، وهو مَنْ يُفْقَدُ فِي مَهْلَكَةٍ ، كَالَّذِي يُفْقَدُ بَيْنَ الصَّفِّينِ ، وَقَدْ هَلَكَ جَمَاعَةٌ ، أَوْ فِي مَرَكَبٍ انْكَسَرَ ، فَعَرِقَ بَعْضُ أَهْلِهِ ، أَوْ فِي مَفَازَةٍ يَهْلِكُ فِيهَا النَّاسُ ، أَوْ يُفْقَدُ مِنْ بَيْنِ أَهْلِهِ ، أَوْ يَخْرُجُ لِصَلَاةِ الْعِشَاءِ أَوْ غَيْرِهَا مِنَ الصَّلَوَاتِ ، أَوْ لِحَاجَةِ قَرِيْبَةٍ ، فَلَا يَرْجِعُ ، وَلَا يَعْلَمُ خَبْرَهُ ، فَهَذَا يَنْتَظَرُ بِهِ أَرْبَعُ سِنِينَ ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ خَبَرٌ ، قُسِمَ مَالُهُ ، وَاعْتَدَّتْ امْرَأَتُهُ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، وَحَلَّتْ لِلْأَزْوَاجِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَذَكَرَ ١٦٦/٦ ط الْقَاضِي أَنَّهُ لَا / يُقَسَّمُ مَالُهُ ، حَتَّى تَمْضِيَ عِدَّةُ الْوَفَاةِ بَعْدَ الْأَرْبَعِ سِنِينَ ؛ لِأَنَّهُ الْوَقْتُ الَّذِي يُبَاحُ لِامْرَأَتِهِ التَّرْجُوحُ^(٣) فِيهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ الْوَفَاةِ ، فَإِذَا حُكِمَ بِوَفَاتِهِ فَلَا وَجْهَ لِلْوُقُوفِ عَنْ قَسَمِ مَالِهِ . وَإِنْ مَاتَ لِلْمَفْقُودِ مَنْ يَرْتُهُ قَبْلَ الْحُكْمِ بِوَفَاتِهِ ، وَقَفَ لِلْمَفْقُودِ نَصِيْبُهُ مِنْ مِيرَاثِهِ ، وَمَا يُشْكُ فِي مُسْتَحَقِّهِ ، وَقُسِمَ بَاقِيهِ ؛ فَإِنْ بَانَ حَيًّا ، أَخَذَهُ ، وَرُدَّ الْفَضْلُ إِلَى أَهْلِهِ ، وَإِنْ عُلِمَ أَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ ، دَفِعَ نَصِيْبُهُ مَعَ مَالِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ ، وَإِنْ عُلِمَ أَنَّهُ كَانَ مَيِّتًا حِينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ ، رُدَّ الْمَوْقُوفُ إِلَى وَرَثَةِ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ ، وَلَمْ يَعْلَمْ خَبْرَهُ ، رُدَّ أَيْضًا إِلَى وَرَثَةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ مَشْكُوكٌ فِي حَيَاتِهِ حِينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ ، فَلَا تُورَثُهُ مَعَ الشُّكِّ ، كَالْجَنِينِ

الذى سَقَطَ^(٣١) مَيِّتًا ، وكذلك إن عَلِمْنَا أَنَّهُ مَاتَ ، ولم يُذَرِ متى مَاتَ . ولم يُفَرَّقْ سَائِرُ أَهْلِ الْعِلْمِ بَيْنَ هَذِهِ الصُّورَةِ وَبَيْنَ سَائِرِ صُورِ الْفَقْدَانِ فِيمَا عَلِمْنَا ، إِلَّا أَنَّ مَالِكًا ، وَالشَّافِعِيَّ ، فِي الْقَدِيمِ ، وَافَقَا فِي الزَّوْجَةِ أَنَّهَا تَنْزَوُجُ خَاصَّةً . وَالْأَظْهَرُ مِنْ مَذْهَبِهِ مِثْلُ قَوْلِ الْبَاقِينَ ، فَأَمَّا مَالُهُ فَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يُقَسَّمُ حَتَّى تَمُضِيَ مُدَّةٌ لَا يَعِيشُ فِي مِثْلِهَا ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ فِي الصُّورَةِ الْآخَرَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ مَفْقُودٌ لَا يَتَحَقَّقُ مَوْتُهُ ، فَأَشْبَهَ التَّاجِرَ وَالسَّائِحَ . وَلَنَا ، اتِّفَاقُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، عَلَى تَرْوِيجِ امْرَأَتِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْعِدَدِ ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ مَعَ الْإِحْتِيَاطِ لِلْأَبْضَاعِ ، فَفِي الْمَالِ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هَلَاكُهُ ، فَأَشْبَهَ الْمَالِ مَضَتْ مُدَّةٌ لَا يَعِيشُ فِي مِثْلِهَا . التَّوَعُّ الثَّانِي ، مَنْ لَيْسَ الْغَالِبُ هَلَاكُهُ ، كَالْمُسَافِرِ لِتِجَارَةٍ ، أَوْ طَلَبِ عِلْمٍ ، أَوْ سِيَاحَةٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، وَلَمْ يُعْلَمْ خَبَرُهُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُقَسَّمُ مَالُهُ ، وَلَا تَنْزَوُجُ امْرَأَتُهُ ، حَتَّى يُتَيَقَّنَ مَوْتُهُ ، أَوْ يَمُضِيَ عَلَيْهِ مُدَّةٌ لَا يَعِيشُ فِي مِثْلِهَا ، وَذَلِكَ مَرْدُودٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيَّ^(٣٢) ، / وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ حَيَاتُهُ ، وَالتَّقْدِيرُ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا بِتَوْقِيفٍ ، وَلَا تَوْقِيفَ هُنَا ، فَوَجَبَ التَّوَقُّفُ عَنْهُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ يُنْتَظَرُ بِهِ تَمَامُ تِسْعِينَ سَنَةً مَعَ سَنَةِ يَوْمِ فَقْدِهِ . وَهَذَا قَوْلُ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ الْمَاجِشُونِ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا . وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الْحَكِيمِ : يُنْتَظَرُ بِهِ إِلَى تَمَامِ سَبْعِينَ سَنَةً مَعَ سَنَةِ يَوْمِ فَقْدِهِ . وَلَعَلَّهُ يَحْتَجُّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السَّبْعِينَ وَالسِّتِينَ »^(٣٣) . أَوْ كَمَا قَالَ ؛ وَلِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا ، فَأَشْبَهَ التَّسْعِينَ . وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ : يُنْتَظَرُ بِهِ تَمَامُ مِائَةٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً . قَالَ : وَلَوْ فَقَدَ وَهُوَ ابْنُ سِتِينَ سَنَةً ، وَلَهُ مَالٌ ، لَمْ يُقَسَّمْ مَالُهُ حَتَّى يَمُضِيَ

(٣١) فِي م : « يَسْقُطُ » .

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « لِلشَّافِعِيِّ » .

(٣٣) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي فَنَاءِ أَعْمَارِ هَذِهِ الْأُمَّةِ ... ، مِنْ أَبْوَابِ الزَّهْدِ ، وَفِي : بَابِ دَعَاءِ النَّبِيِّ ﷺ ، مِنْ أَبْوَابِ الدَّعَوَاتِ . عَارِضَةُ الْأَحْزَى ٩ / ٢٠٣ ، ١٣ / ٦٥ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ الْأَمَلِ وَالْأَجَلِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّهْدِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةٍ ٢ / ١٤١٥ .

عليه سِتُونَ سَنَةً أُخْرَى ، فيكون له مع سِنَتِهِ يَوْمَ فَقْدِ مائَةٍ وَعِشْرُونَ سَنَةً ، فيَقَسَّمُ مَالُهُ حينئِذٍ بَيْنَ وَرَثَتِهِ إِنْ كَانُوا أَحْيَاءَ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْضُ وَرَثَتِهِ قَبْلَ مُضِيِّ مائَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَخَلَفَ وَرَثَةً لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَيْءٌ مِنْ مَالِ الْمَفْقُودِ ، وَكَانَ مَالُهُ لِلْأَحْيَاءِ مِنْ وَرَثَتِهِ ، وَيُوقَفُ لِلْمَفْقُودِ حِصَّتُهُ مِنْ مَالِ مَوْرُوثِهِ الَّذِي مَاتَ فِي مُدَّةِ الْإِنْتِظَارِ ، فَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُعْلَمْ خَبَرُ الْمَفْقُودِ ، رُدَّ الْمَوْقُوفُ إِلَى وَرَثَةِ مَوْرُوثِ الْمَفْقُودِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَوَرَثَةِ الْمَفْقُودِ . قَالَ اللَّوْلُؤِيُّ : وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ . وَحَكَى الْخَبْرُ عَنْ اللَّوْلُؤِيِّ أَنَّهُ قَالَ : ^(٣٤) إِنْ الْمَوْقُوفُ لِلْمَفْقُودِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ خَبَرُهُ يَكُونُ لَوَرَثَتِهِ . قَالَ ^(٣٥) : وَهُوَ الصَّحِيحُ عِنْدِي ، وَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ هُوَ الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ اللَّبَّانِ عَنِ اللَّوْلُؤِيِّ ، فَقَالَ : لَوْ مَاتَتِ امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ قَبْلَ تِمَامِ مائَةٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً يَوْمَ ، أَوْ بَعْدَ فَقْدِهِ يَوْمَ ، تَمَّتْ ^(٣٥) مائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً ، لَمْ تُورَثْ مِنْهُ شَيْئًا ، وَلَمْ تُورَثْ مِنْهَا ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلًا . وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ مَنْ قَالَ فِي الْغُرَقِيِّ : إِنَّهُ لَا يُورَثُ أَحَدُهُمْ مِنْ صَاحِبِهِ ، وَيَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ ^(٣٦) الْأَحْيَاءُ مِنْ وَرَثَتِهِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ . وَاتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَرِثُ الْمَفْقُودُ إِلَّا الْأَحْيَاءُ / ^{١٦٧/٦}

مِنْ وَرَثَتِهِ يَوْمَ قَسَمِ مَالِهِ ، لَا مِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَلَوْ يَوْمَ . وَاخْتَلَفُوا فِي مَنْ مَاتَ فِي وَرَثَتِهِ مَفْقُودٌ ، فَمَذْهَبُ أَحْمَدَ وَكَثَرُ الْفُقَهَاءِ ، عَلَى أَنَّهُ يُعْطَى كُلُّ وَارِثٍ ^(٣٧) مِنْ وَرَثَتِهِ الْيَقِينِ ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي حَتَّى يُتَبَيَّنَ أَمْرُهُ ، أَوْ تَمُضِيَ مُدَّةُ الْإِنْتِظَارِ ، فَتُعْمَلَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّهُ حَيٌّ ، ثُمَّ عَلَى أَنَّهُ مَيِّتٌ ، وَتُضْرَبُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى إِنْ تَبَايَنَتَا ، أَوْ فِي وَفْقِهِمَا إِنْ اتَّفَقَتَا ، وَتَجْتَزِي إِحْدَاهُمَا إِنْ تَمَازَلَتَا ، أَوْ بِأَكْثَرِهِمَا إِنْ تَنَاسَبَتَا ، وَتُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ أَقْلُ النَّصِيبَيْنِ ، وَمَنْ لَا يَرِثُ إِلَّا مِنْ أَحَدِهِمَا لَا تُعْطِيهِ شَيْئًا ، وَتَقِفُ الْبَاقَى . وَلَهُمْ أَنْ يَصْطَلِحُوا عَلَى مَا زَادَ عَلَى نَصِيبِ الْمَفْقُودِ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ اللَّبَّانِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ . وَاتَّكَرَ ذَلِكَ الْوَلِيُّ ^(٣٨) ، وَقَالَ : لَا فَايِدَةَ فِي أَنْ يَنْقُصَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْحَيَاةِ ،

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٥) في م : « وت » .

(٣٦) في الأصل ، ا ، ب زيادة : « من » .

(٣٧) سقط من : ا .

(٣٨) الحسين بن محمد الولي الفرضي الشافعي ، كان متقدما في علم الفرائض ، له فيه تصانيف جيدة . قتل ببغداد ، في فتنه البساسيري ، سنة خمسين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٤ / ٣٧٤ .

وهي مُتَيَقَّنَةٌ^(٣٩)، ثُمَّ يُقَالُ لَهُ: لَكَ أَنْ تُصَالِحَ عَلَى بَعْضِهِ. بَلْ إِنْ جَازَ ذَلِكَ، فَالْأَوَّلَى أَنْ تُقَسِّمَ الْمَسْأَلَةَ عَلَى تَقْدِيرِ الْحَيَاةِ، وَتَقِفَ نَصِيبَ الْمَفْقُودِ لَا غَيْرَ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَإِنَّ الزَّائِدَ عَنْ^(٤٠) نَصِيبِ الْمَفْقُودِ مِنَ الْمَوْقُوفِ مَشْكُوكٌ فِي مُسْتَحَقِّهِ، وَيَقِينُ الْحَيَاةَ مُعَارَضًا بِظُهُورِ الْمَوْتِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُورَثَ^(٤١) كَالزَّائِدِ عَنِ الْيَقِينِ فِي مَسَائِلِ الْحَمْلِ وَالِاسْتِهْلَالِ، وَيَجُوزُ لِلْوَرَثَةِ الْمَوْجُودِينَ الصُّلْحُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُمْ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ، وَإِبَاحَةُ الصُّلْحِ عَلَيْهِ لَا تَمْنَعُ وَجُوبَ وَقْفِهِ، كَمَا تَقَدَّمَ فِي نَظَائِرِهِ، وَوَجُوبَ وَقْفِهِ لَا يَمْنَعُ الصُّلْحَ عَلَيْهِ لَذَلِكَ، وَلِأَنَّ تَجْوِيزَ أَخِذِ الْإِنْسَانِ حَقَّ غَيْرِهِ بِرِضَاهِ وَصْلَحِهِ، لَا يَلْزَمُ مِنْهُ جَوَازُ أَخِذِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ. وَظَاهِرُ قَوْلِ الْوَثِّىُّ هَذَا أَنَّ تَقْسِيمَ الْمَسْأَلَةِ عَلَى أَنَّهُ حَتَّى، وَتَقِفَ نَصِيبَهُ لَا غَيْرَ. وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ: يُقَسِّمُ الْمَالُ عَلَى الْمَوْجُودِينَ؛ لِأَنَّهُمْ مُتَحَقِّقُونَ، وَالْمَفْقُودُ مَشْكُوكٌ فِيهِ، فَلَا يُورَثُ مَعَ الشُّكِّ. وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ: الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ الْمَالُ فِي يَدِهِ، فَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ، وَخَلَّفَ ابْنَتَيْنِ، وَابْنِ ابْنٍ، أَبُوهُ مَفْقُودٌ، وَالْمَالُ فِي يَدِ ابْنَتَيْنِ، فَاخْتَصَمَا إِلَى الْقَاضِي، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُحَوِّلَ الْمَالَ عَنْ مَوْضِعِهِ، وَلَا يَقِفَ / مِنْهُ شَيْئًا، سِوَاءِ اعْتَرَفَتِ ابْنَتَانِ بِفَقْدِهِ، أَوْ ادَّعَتَا مَوْتَهُ. وَإِنْ كَانَ الْمَالُ فِي يَدِ ابْنِ الْمَفْقُودِ، لَمْ يُعْطِ ابْنَتَانِ إِلَّا النُّصْفَ، أَقَلُّ مَا يَكُونُ لهُمَا، وَإِنْ كَانَ الْمَالُ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ، فَأَقَرَّ بِأَنَّ ابْنَ الْمَفْقُودِ، وَقَفَ لَهُ النُّصْفُ فِي يَدَيْهِ، وَإِنْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ: قَدِمَاتِ الْمَفْقُودُ، لَرَمَاهُ دَفْعَ الثَّلَاثِينَ إِلَى ابْنَتَيْنِ، وَيُوقَفُ الثَّلَاثُ، إِلَّا أَنْ يَقُرَّ ابْنُ ابْنِ ابْنِ بَمَوْتِ أَبِيهِ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ الْبَاقِي. وَالْجُمْهُورُ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ.

وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ: زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأُخْتُ وَجَدٌ وَأَخٌ مَفْقُودٌ، مَسْأَلَةُ الْمَوْتِ، مِنْ سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ؛ لِأَنَّهَا مَسْأَلَةُ الْأَكْثَرِيَّةِ، وَمَسْأَلَةُ الْحَيَاةِ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ، وَهِيَ يَتَّفِقَانِ بِالْأَتْسَاعِ، فَتَضْرِبُ تُسَعِ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى، تُكُنْ أَرْبَعَةً وَخَمْسِينَ، لِلزَّوْجِ النُّصْفُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْحَيَاةِ، وَالثَّلَاثُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْمَوْتِ، فَيُعْطَى الثَّلَاثُ، وَلِلْأُمِّ التُّسْعَانِ مِنْ

(٣٩) ق م : « متيقنة » .

(٤٠) ق ١ : « على » .

(٤١) ق م : « يوقف » .

مَسْأَلَةِ الْمَوْتِ ، وَالسُّدُسُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْحَيَاةِ ، فَتُعْطَى السُّدُسُ ، وَلِلْجَدِّ سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمًا مِنْ مَسْأَلَةِ الْمَوْتِ ، وَتَسَعَةٌ مِنْ مَسْأَلَةِ الْحَيَاةِ ، فَيَأْخُذُ التَّسَعَةُ ، وَلِلْأُخْتِ ثَمَانِيَةً مِنْ مَسْأَلَةِ الْمَوْتِ ، وَثَلَاثَةٌ مِنْ مَسْأَلَةِ الْحَيَاةِ ، فَتَأْخُذُ ثَلَاثَةً ، وَيَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ مَوْقُوفَةً ، إِنْ بَانَ أَنَّ الْأَخَّ حَيٌّ أَخَذَ سِتَّةَ ، وَأَخَذَ الزَّوْجُ تِسْعَةً ، وَإِنْ بَانَ مَيِّتًا ، أَوْ مَضَتْ الْمُدَّةُ قَبْلَ قُدُومِهِ ، أَخَذَتِ الْأُمُّ ثَلَاثَةً ، وَالْأُخْتُ خَمْسَةً ، وَالْجَدُّ سَبْعَةً . وَاخْتَارَ الْحَبْرِيُّ أَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا مَضَتْ ، وَلَمْ يَتَبَيَّنْ أَمْرُهُ ، أَنَّ^(٤٢) يُقَسَّمُ نَصِيبُهُ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَى وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ^(٤٣) كَانَ مَحْكُومًا بِحَيَاتِهِ ، لِأَنَّهُا الْيَقِينُ ، وَإِنَّمَا حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ مَوْقُوفٌ لِمَنْ يَنْتَظَرُ مِمَّنْ لَا يُعْلَمُ حَالُهُ ، فَإِذَا لَمْ تُتَبَيَّنْ حَيَاتُهُ ، لَمْ يَكُنْ لَوَرَثَتِهِ ، كَالْمَوْقُوفِ لِلْحَمَلِ ، وَلِلْوَرِثَةِ أَنْ يَصْطَلِحُوا عَلَى التَّسَعَةِ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ . زَوْجٌ وَأَبَوَانِ وَابْنَتَانِ مَفْقُودَتَانِ ، مَسْأَلَةُ حَيَاتِهِمَا مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَفِي خِيَاةٍ إِحْدَاهُمَا مِنْ ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، وَفِي مَوْتِهِمَا مِنْ سِتَّةَ ، فَتَضْرِبُ ثُلُثَ السِّتَّةِ فِي خَمْسَةِ عَشَرَ ، ثُمَّ فِي ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، تَكُنُ ثَلَاثُمِائَةً وَتَسْعِينَ ، ثُمَّ تُعْطَى الزَّوْجُ وَالْأَبَوَيْنِ حُقُوقَهُمَا مِنْ مَسْأَلَةِ^(٤٤) الْحَيَاةِ مَضْرُوبًا فِي اثْنَيْنِ ، ثُمَّ فِي ظ ١٦٨/٦ ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، وَتَقِفُ الْبَاقَى . وَإِنْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةٌ / مَفْقُودُونَ ، عَمِلَتْ لَهُمْ أَرْبَعُ مَسَائِلَ . وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً عَمِلَتْ لَهُمْ خَمْسَ مَسَائِلَ . وَعَلَى هَذَا . وَإِنْ كَانَ الْمَفْقُودُ يَحْجُبُ وَلَا يَرِثُ ، كَزَوْجٍ وَأُخْتٍ مِنْ أَبَوَيْنِ وَأُخْتٍ مِنْ أَبِي وَأَخٍ لَهَا مَفْقُودٌ ، وَقَفَّتِ السَّبْعُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الزَّوْجِ وَالْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ . وَقِيلَ : لَا يُوقَفُ هَهُنَا شَيْءٌ ، وَتُعْطَى الْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ السَّبْعُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُحْجَبُ بِالشَّكِّ ، كَمَا لَا تُورَثُ^(٤٥) بِالشَّكِّ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ دَفْعَ السَّبْعِ إِلَيْهَا تَوْرِيثٌ بِالشَّكِّ ، وَلَيْسَ فِي الْوَقْفِ حَجَبٌ يَقِينًا ، إِنَّمَا هُوَ تَوَقُّفٌ عَنْ صَرْفِ الْمَالِ إِلَى إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ الْمَشْكُوكِ فِيهَا . وَيَعَارِضُ قَوْلَ هَذَا الْقَائِلِ قَوْلُ مَنْ قَالَ :

(٤٢) فِي الْأَصْلِ : « أَنَّهُ » .

(٤٣) فِي م : « فَإِنَّهُ » .

(٤٤) فِي ١ ، م : « الْمَسْأَلَةُ » .

(٤٥) فِي م : « تَرِثُ » .

إِنَّ الْيَقِينَ حَيَاتُهُ ، فَيُعْمَلُ عَلَى أَنَّهُ حَيٌّ ، وَيُدْفَعُ الْمَالُ إِلَى الزَّوْجِ وَالْأَخْتِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ .
وَالْتَوْسُّطُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ أَوْلَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : والأسيرُ كالمفقود ، إذا انقطع خبره . وإن عُلِمَتْ حَيَاتُهُ ، وَرِثَ ، في قول الجمهورِ . وَحُكِيَ عن سعيد بن المُسَيَّبِ أَنَّهُ لَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ ، وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وَالْكَفَّارُ لَا يَمْلِكُ الْأَخْرَارَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : في التزويج في المرض والصحة . حُكِمَ النِّكَاحُ فِي الْمَرَضِ وَالصَّحَّةِ سَوَاءً فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ ، وَتَوْرِيثِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : أَىُّ الزَّوْجَيْنِ كَانَ مَرِيضًا مَرَضًا مَخُوفًا حَالَ عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ ، لَا يَتَوَارَثَانِ بِهِ ، إِلَّا أَنْ يُصَيَّبَهَا ، فَيَكُونُ لَهَا الْمُسَمَّى فِي ثَلَاثَةِ مُقَدَّمَا عَلَى الْوَصِيَّةِ . وَعَنِ الزُّهْرِيِّ ، وَيَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، مِثْلُهُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي نِكَاحِ مَنْ لَمْ يَرِثْ ، كَالْأَمَةِ وَالذَّمِّيَّةِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَصِحُّ ؛ ^(٦) لِأَنَّهُ لَا ^(٧) يُتَّهَمُ بِقَصْدِ تَوْرِيثِهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ أَبْطَلَهُ ؛ لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ وَارِثَةً . وَقَالَ رَبِيعَةُ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : الصَّدَاقُ وَالْمِيرَاثُ مِنَ الثُّلُثِ . وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : النِّكَاحُ صَحِيحٌ ، وَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا . وَعَنِ الْقَاسِمِ ابْنِ مُحَمَّدٍ ، وَالْحَسَنِ : إِنْ قَصَدَ الْإِضْرَارَ بَوْرِثَتَهُ ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ ، وَإِلَّا فَهُوَ صَحِيحٌ . / ١٦٩/٦
وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَصِحُّ فِي الصَّحَّةِ ، فَيَصِحُّ فِي الْمَرَضِ كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ نِكَاحٌ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ بِشَرْطِهِ ، فَيَصِحُّ كَحَالِ الصَّحَّةِ ، وَقَدْ رَوَيْنَا أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ ابْنَ أُمِّ الْحَكَمِ ^(٨) تَزَوَّجَ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثَ نِسْوَةٍ ، أَصْدَقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ أَلْفًا لِيُصَيِّقَ بِهِنَّ عَلَى أَمْرَاتِهِ ، وَيَشْرُكَنَهَا فِي مِيرَاثِهَا ، فَأُجِيزَ ذَلِكَ . وَإِذَا ثَبَتَ صِحَّةُ النِّكَاحِ ، ثَبَتَ الْمِيرَاثُ بَعْمُومِ الْآيَةِ .

(٤٦-٤٧) في ١ : « لئلا » . وفي م : « لئلا » .

(٤٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يتزوج وهو مريض أيجوز ، من كتاب النكاح . المصنف

٤ / ٣٦٢ . والبيهقي ، في : باب نكاح المريض ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦ / ٢٧٦ . وسعيد بن

منصور ، في : باب تزويج الجارية الصغيرة . السنن ١ / ١٧٦ . وفيه أنه تزوج امرأتين .

فصل : ولا فَرَقَ في ميراثِ الزَّوْجَيْنِ بَيْنَ ما قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ؛ لِعُمُومِ الآيَةِ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى لِبَرْوَعِ بِنْتِ وَاشِقٍ بِالمِيراثِ ، وكان زَوْجُها ماتَ عنها قَبْلَ أنْ يَدْخُلَ بها ، ولم يَفْرِضْ لها صَدَاقاً^(٤٨) . ولأنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ ثابِتٌ ، فَيُورَثُ به ، كما بَعْدَ الدُّخُولِ .

فصل : فأما النِّكَاحُ الفاسِدُ ، فلا يَثْبُتُ به التَّوارُثُ بينَ الزَّوْجَيْنِ ؛ لأنَّهُ ليسَ بِنِكَاحٍ شرعيٍّ . وإذا اشْتَبَهَ مَنْ نِكَاحُها فاسِدٌ بِمَنْ نِكَاحُها صَحِيحٌ ، فالْمَنْقُولُ عن أحمدَ ، أَنَّهُ قالَ في مَنْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ ، لا يَذَرِي أَيُّهُما تَزَوَّجَ أَوَّلَ : فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُما . وَتَوَقَّفَ عن أن يَقُولَ في الصَّدَاقِ شيئاً . قال أبو بَكْرٍ : يَتَوَجَّهُ على قَوْلِهِ أن يُفَرَّغَ بَيْنَهُما . فعلى هذا الوجه يُفَرَّغُ بَيْنَهُما في الميراثِ إذا ماتَ عنهما . وعن النَّخَعِيِّ ، والشَّعْبِيِّ ، ما يَدُلُّ على أن المَهْرَ والميراثَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُنَّ على حَسَبِ الدَّعَاوَى والتَّنْزِيلِ ، كَميراثِ الحَنائِي . وهو قولُ أبي حنيفةٍ وأصحابِهِ . وقال الشافِعِيُّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : يُوقَفُ المشكوكُ فيه من ذلك ، حتَّى يَصْطَلِحَ عَلَيْهِ ، أو يَتَبَيَّنَ الأمرُ . فلو تَزَوَّجَ امرأةً في عَقْدٍ ، وأربَعًا في عَقْدٍ ، ثم ماتَ ، وخَلَّفَ أَخًا ، ولم يَعْلَمْ أَيُّ العَقْدَيْنِ سَبَقَ ، ففى قول أبي حنيفةٍ ، كُلُّ واحدةٍ تَدْعِي مَهْرًا كاملاً يُنْكَرُهُ الأخُ ، فَتُعْطَى كُلُّ واحدةٍ نِصْفَ مَهْرٍ ، وَيُؤْخَذُ رُبْعُ الباقِي تَدْعِيهِ الواحدةُ والأَرْبَعُ ، فَيُقَسَّمُ للواحدةِ^(٤٩) نِصْفُهُ ، وللأَرْبَعِ نِصْفُهُ . وعند الشافِعِيِّ ، أَكْثَرُ ما يَجِبُ عليه أَرْبَعَةُ مَهْرٍ فَيُؤْخَذُ^(٥٠) ذلك ، يُوقَفُ منها مَهْرُ بَيْنِ النِّسَاءِ الحَمْسِ ، وَيَبْقَى ثَلَاثَةٌ ظ ١٦٩/٦ تَدْعِي الواحدةُ رُبْعَها / ميراثًا ، وَيَدْعِي الأخُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِها ، فَيُوقَفُ منها ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَهْرٍ بَيْنَ النِّسَاءِ الحَمْسِ ، وباقيها وهو مَهْرانِ ورُبْعُ بَيْنَ الأَرْبَعِ والأَخِ^(٥١) ، ثم يُؤْخَذُ رُبْعُ ما بَقِيَ ،

(٤٨) أخرجه أبو داود ، في : باب في من تزوج ولم يسم صداقا حتى مات ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٧ ، ٤٨٨ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ، من أبواب النكاح . عارضة الأhoodى ٥ / ٨٤ ، ٨٥ . والنسائي ، في : باب عدة المتوفى عنها زوجها ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٦٤ . وابن ماجه ، في : باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها قيموت على ذلك ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٩ . والدارمي ، في : باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ... ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٥٥ .

(٤٩) في م : « الواحد » .

(٥٠) في ١ ، م : « فيأخذ » .

(٥١) في م : « وبين الأخ » .

فَيُوقَفُ بَيْنَ النِّسَاءِ الْخَمْسِ ، وَالْبَاقِي لِلْأَخِ . وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عَقْدٍ ، وَاثْنَتَيْنِ فِي عَقْدٍ ، وَثَلَاثًا فِي عَقْدٍ ، وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ ، فَالْوَحْدَةُ نِكَاحُهَا صَحِيحٌ ، فَلَهَا مَهْرُهَا ، وَيَبْقَى الشُّكُّ فِي الْخَمْسِ ، فَعَلَى قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ لَهَا مَهْرَانِ بَيِّقَيْنِ ، وَالثَّلَاثُ لَهَا فِي حَالِ دُونَ حَالٍ ، فَيَكُونُ لَهَا نِصْفُهُ ، ثُمَّ يُقَسَّمُ ذَلِكَ بَيْنَهُنَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ مَهْرٍ ، ثُمَّ يُؤْخَذُ رُبْعُ الْبَاقِي لَهَا مِيرَاثًا ، فَلِلْوَحْدَةِ رُبْعُهُ يَقِينًا ، وَتَدْعَى نِصْفَ سُدُسِهِ ، فَتُعْطَى نِصْفَهُ ، فَيَصِيرُ لَهَا مِنَ الرَّبْعِ سُدُسُهُ وَثُمْنُهُ ، وَذَلِكَ سَبْعَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَالْاثْنَتَانِ تَدْعِيَانِ ثُلُثَيْهِ ، وَهُوَ سِتَّةٌ عَشَرَ سَهْمًا ، فَيُعْطَيْنِ نِصْفَهُ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةُ أَسْهُمٍ ، وَالثَّلَاثُ يَدْعِينَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةُ عَشَرَ سَهْمًا ، فَيُعْطَيْنِ ثُسْعَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، تُقَسَّمُ السَّبْعَةُ عَشَرَ بَيْنَ الثَّلَاثِ وَالْاثْنَتَيْنِ نِصْفَيْنِ ، فَيَصِيرُ الرَّبْعُ مِنْ ثَمَانِيَةِ وَأَرْبَعِينَ سَهْمًا ، ثُمَّ تَضْرِبُ الْاثْنَتَيْنِ فِي الثَّلَاثِ ، ثُمَّ فِي الثَّمَانِيَةِ وَالْأَرْبَعِينَ ، تَكُنْ مَاتَتَيْنِ وَثَمَانِيَةً وَثَمَانِينَ ، فَهَذَا رُبْعُ الْمَالِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تُعْطَى الْوَاحِدَةُ مَهْرُهَا ، وَيُوقَفُ ثَلَاثَةُ مَهُورٍ ؛ مَهْرَانِ مِنْهَا بَيْنَ الْخَمْسِ ، وَمَهْرٌ تَدْعِيهِ الْوَاحِدَةُ ، وَالْاثْنَتَانِ رُبْعَهُ مِيرَاثًا ، وَتَدْعِيهِ الثَّلَاثُ مَهْرًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ تَدْعِيهِ الْآخَرَى مِيرَاثًا وَتَدْعِيهِ الثَّلَاثُ مَهْرًا ، وَيُؤْخَذُ رُبْعُ مَا بَقِيَ فَيُدْفَعُ رُبْعُهُ إِلَى الْوَاحِدَةِ ، وَنِصْفُ سُدُسِهِ بَيْنَ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ مَوْقُوفٌ ، وَثُلَاثَاهُ بَيْنَ الثَّلَاثِ وَالْاثْنَتَيْنِ مَوْقُوفٌ ، فَإِنْ طَلَبَتْ وَاحِدَةً مِنَ الْخَمْسِ شَيْئًا مِنَ الْمِيرَاثِ الْمَوْقُوفِ ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهَا شَيْءٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَبَهُ أَحَدُ الْفَرِيقَيْنِ ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ شَيْءٌ . وَإِنْ طَلَبَتْ وَاحِدَةً مِنَ الثَّلَاثِ ، وَوَاحِدَةً مِنَ الْاثْنَتَيْنِ ، دُفِعَ إِلَيْهِمَا رُبْعُ الْمِيرَاثِ . وَإِنْ طَلَبَتْهُ وَاحِدَةً مِنَ الْاثْنَتَيْنِ ، وَاثْنَتَانِ مِنَ الثَّلَاثِ ، أَوْ الثَّلَاثُ كُلُّهُنَّ ، دُفِعَ إِلَيْهِنَّ ثُلُثُهُ . وَإِنْ عَيَّنَ الزَّوْجُ الْمَنْكُوحَاتِ أَوَّلًا ، قَبْلَ تَعْيِينِهِ وَثَبَتَ . وَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً / مِنْهُنَّ ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ تَعْيِينًا لَهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَلِلْمَوْطُوعَةِ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ ، فَيَكُونُ الْفَضْلُ بَيْنَهُمَا مَوْقُوفًا . وَعَلَى قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، يَكُونُ تَعْيِينًا ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَوْطُوعَةُ مِنَ الْاثْنَتَيْنِ ، صَحَّ نِكَاحُهَا ، وَبَطَلَ نِكَاحُ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنَ الثَّلَاثِ ، بَطَلَ نِكَاحُ الْاثْنَتَيْنِ ، وَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً مِنَ الْاثْنَتَيْنِ ، وَوَاحِدَةً مِنَ الثَّلَاثِ ، صَحَّ نِكَاحُ الْفَرِيقِ الْمَبْدُوءِ بِوَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُ ، وَلِلْمَوْطُوعَةِ الَّتِي لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا ، فَإِنْ

١٧٠/٦ و

أَشْكَلَ أَيْضاً ، أُخِذَ مِنْهُ الْيَقِينُ ، وَهُوَ مَهْرَانِ مُسَمَّيَانِ وَمَهْرٌ مِثْلُ ، وَيَبْقَى مَهْرٌ مُسَمًّى تَدْعِيهِ النِّسْوَةُ ، وَيُتَكْرَرُ الْأَخُ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، فَيُخْصَلُ لِلنِّسْوَةِ مَهْرٌ مِثْلُ وَمُسَمَّيَانِ وَنِصْفٌ ، مِنْهَا مَهْرٌ مُسَمًّى ، وَمَهْرٌ مِثْلُ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْمُوطُوعَتَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وَيَبْقَى مُسَمًّى وَنِصْفٌ بَيْنَ الثَّلَاثِ الْبَاقِيَّاتِ ، لِكُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفٌ مُسَمًّى ، وَالْمِيرَاثُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، لَا حُكْمٌ لِلْوَطْءِ فِي التَّعْيِينِ ، وَهَلْ يَقُومُ تَعْيِينُ الْوَارِثِ مَقَامَ تَعْيِينِ الزَّوْجِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ . فَعَلَى قَوْلِهِ ، يُؤْخَذُ مُسَمًّى وَمَهْرٌ مِثْلُ لِلْمُوطُوعَتَيْنِ ، تُعْطَى كُلُّ وَاحِدَةٍ الْأَقْلَ مِنْ الْمُسَمًّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَيَقْفُ الْفَضْلُ بَيْنَهُمَا ، وَيَبْقَى مُسَمَّيَانِ وَنِصْفٌ ، يَقْفُ أَحَدُهُمَا بَيْنَ الثَّلَاثِ اللَّاتِي لَمْ يُوطَأَنَّ ، وَآخَرُ بَيْنَ الثَّلَاثِ وَالْاِثْنَيْنِ ، وَالْمِيرَاثُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَحُكِيَ عَنِ الشَّعْبِيِّ وَالتَّحِيصِيِّ ، فِي مَنْ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ بَتَّ^(٥٢) طَلَاقُ إِحْدَاهُنَّ ، ثُمَّ نَكَحَ خَامِسَةً ، وَمَاتَ وَلَمْ يُدْرَ أَيَّتُهُنَّ طَلَّقَ ، فَلِلْخَامِسَةِ رُبْعُ الْمِيرَاثِ ، وَلِلْأَرْبَعِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ بَيْنَهُنَّ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَيْ حَنِيفَةٍ إِذَا كَانَ نِكَاحُ الْخَامِسَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْمُطَلَّاقَةِ . وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ نِكَاحِ الْخَامِسَةِ : إِحْدَى نِسَائِي طَالِقٌ . ثُمَّ نَكَحَ سَادِسَةً ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَيَّنَّ ، فَلِلْسَادِسَةِ رُبْعُ الْمِيرَاثِ ، وَلِلْخَامِسَةِ رُبْعُ ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ الْبَاقِيَةِ^(٥٣) ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَ الْأَرْبَعِ الْأَوَّلِ أَرْبَاعًا . وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، مَا أَشْكَلَ مِنْ ذَلِكَ مَوْقُوفٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

١٧١/٦ ظ **فصل :** فِي الطَّلَاقِ . إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ / امْرَأَتَهُ طَلَاقًا يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا فِي عِدَّتِهَا ، لَمْ يَسْقُطِ التَّوَارِثُ بَيْنَهُمَا ، مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ، سَوَاءً كَانَ فِي الْمَرْضَى أَوْ الصَّحَّةِ . بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرُ ، وَعُثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ وَظَهَارُهُ وَإِبْلَاؤُهُ ، وَيَمْلِكُ إِمْسَاكَهَا بِالرَّجْعَةِ بَغَيْرِ رِضَاهَا وَلَا وَلِيٍّ وَلَا شُهُودٍ وَلَا صَدَاقٍ جَدِيدٍ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا فِي الصَّحَّةِ طَلَاقًا بَاطِلًا أَوْ رَجْعِيًّا ، فَبَاطِلٌ بَانِقُضَاءِ عِدَّتِهَا ، لَمْ يَتَوَارَثَا إِجْمَاعًا . وَإِنْ كَانَ

(٥٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « أَبَتْ » .

(٥٣) فِي م : « الْبَاقِ » .

الطلاق في المرضي المَحْزُوف ، ثم مات من مَرَضِهِ ذلك في عِدَّتِهَا ، وَرِثَتْهُ ولم يَرِثْهَا إن ماتت . يُروى هذا عن عمر ، وعثمان ، رَضِيَ الله عنهما . وبه قال عُروَةُ ، وشَرِيحٌ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفة في أهل العراق ، ومالك في أهل المدينة ، وابنُ أُمَيِّ لَيْلَى . وهو قولُ الشافعي في القَدِيم . وَروى عن (٥٤) عُثْبَةَ بن (٥٥) عبد الله ابن الزُّبَيْرِ : لا تَرِثُ مَبْتُوتَةٌ . وَروى ذلك عن عليٍّ ، وعبد الرحمن بن عَوْفٍ . وهو (٥٥) قولُ الشافعي الجَدِيدُ ؛ لِأَنَّهَا بَائِنٌ ، فلا تَرِثُ ، كالبائِنِ في الصَّحَّةِ ، أو كالموت كان الطَّلَاقُ باختيارِها ، ولأنَّ أسبابَ الميراثِ مَحْضُورَةٌ في رَجَمٍ ونكاحٍ وولاءٍ ، وليس لها شيءٌ من هذه الأسبابِ . ولنا ، أنَّ عثمانَ ، رَضِيَ الله عنه ، وَرَثَتْ ثُمَامُ بِنْتُ الْأَصْبَغِ الكَلْبِيَّةُ من عبد الرحمن بن عَوْفٍ ، وكان طَلَّقَهَا في مرضِهِ فَبَتَّهَا (٥٦) . واشتهر ذلك في الصحابة فلم يَنْكَرْ ، فكان إجماعًا . ولم يَثْبُتْ عن عليٍّ ولا عبد الرحمن خلافٌ في هذا ، بل قد رَوَى عُروَةُ عن عثمانَ أَنَّهُ قال لعبد الرحمن : لِيْنِ مِتَّ لَأُورِثَنَّهَا مِنْكَ . قال : قد عَلِمْتُ ذلك . وما رَوَى عن ابنِ الزُّبَيْرِ إن صَحَّ (٥٧) ، فهو مَسْبُوقٌ بالإجماع . ولأنَّ هذا قَصْدٌ قَصْدًا فاسدًا في الميراثِ ، فعورِضٌ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ، كالمقاتِلِ / القاصِدِ اسْتِعْجَالَ الميراثِ ١٧٢/٦ و يُعاقَبُ بِجَرَمَانِهِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فالمشهورُ عن أحمدَ أَنَّها تَرِثُهُ في العِدَّةِ وَبَعْدَها ما لم تنزَوِج . قال أبو بكرٍ : لا يَحْتَلِفُ قولُ أبي عبد الله في المَدْخُولِ بها ، إذا طَلَّقَهَا المَرِيضُ ، أَنَّها تَرِثُهُ في العِدَّةِ ، وَبَعْدَها (٥٨) ما لم تنزَوِج . رَوَى ذلك عن الحسنِ . وهو قولُ البُتِّيِّ ، وَحُمَيْدٍ ، وابنِ أُمَيِّ لَيْلَى ، وبعضِ البَصْرِيِّينَ ، وَأَصْحَابِ الحَسَنِ ، ومالكٍ في أهل

(٥٤-٥٥) سقط من : الأصل .

(٥٥) في ١ : « وهذا » .

(٥٦) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى

٧ / ٣٦٢ ، ٣٦٣ . والشافعي ، انظر : كتاب الفرائض . من ترتيب المسند ٢ / ١٩٣ .

(٥٧) في م زيادة : « في » .

(٥٨) سقط من : ١ .

المدينة . وَذَكَرَ عَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، لَمَّا رَوَى أَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنَّ أَبَاهُ طَلَّقَ أُمَّهُ وَهُوَ مَرِيضٌ ، فَمَاتَ ، فَوَرِثَتْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . وَلَئِنْ سَبَبَ تَوْرِيثُهَا فِرَارُهُ مِنْ مِيرَاثِهَا ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَزُولُ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَرِثُ بَعْدَ الْعِدَّةِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ : يَلْزَمُ مَنْ قَالَ : لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّةٍ مُطْلَقَاتِهِ . أَنَّهُ لَوْ طَلَّقَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَ أَرْبَعًا ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، أَنَّ الثَّمَانِيَّ يَرِثُهُ كُلُّهُنَّ ، فَيَكُونُ مُسْلِمًا^(٥٩) يَرِثُهُ ثَمَانِ نِسْوَةٍ . وَهَذَا^(٦٠) «إِنْكَارُ لِقَوْلِ»^(٦١) يَلْزَمُ مِنْهُ تَوْرِيثُ ثَمَانٍ ، وَتَوْرِيثُهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ يَلْزَمُ مِنْهُ ذَلِكَ ، وَلَئِنَّهُ قَالَ فِي الْمُطْلَقَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ : لَا تَرِثُ ؛ لِأَنَّهَا لَا عِدَّةَ لَهَا . وَهَذِهِ كَذَلِكَ فَلَا تَرِثُ . وَهَذَا قَوْلُ غُرُورَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّهَا تَبَاحُ لِلزَّوْجِ آخَرَ ، فَلَمْ تَرِثْ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي الصَّحَةِ ، وَلَئِنْ تَوْرِيثُهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ يُقْضَى إِلَى تَوْرِيثِ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ ، فَلَمْ يَجْزُ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ ، وَإِنْ تَزَوَّجَتْ الْمَبْتُوتَةُ لَمْ تَرِثْ ، سِوَاكَ كَانَتْ فِي الزَّوْجِيَّةِ ، أَوْ بَانَتْ مِنَ الزَّوْجِ الثَّانِي . هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ مَالِكٌ فِي أَهْلِ الْمَدِينَةِ : تَرِثُهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا لِلرَّوَايَةِ الْأُولَى ، وَلَئِنَّهَا شَخْصٌ يَرِثُ مَعَ انْتِفَاءِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَوَرِثَ مَعَهَا ، كَسَائِرِ الْوَارِثِينَ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ وَارِثَةٌ مِنْ زَوْجٍ ، فَلَا تَرِثُ زَوْجًا سِوَاهُ ، كَسَائِرِ الزَّوْجَاتِ ، وَلَئِنْ التَّوْرِيثُ^(٦٢) مِنْ حُكْمِ النِّكَاحِ ،^{١٧٢/٦} فَلَا يَجُوزُ اجْتِمَاعُهُ مَعَ نِكَاحٍ آخَرَ ، كَالْعِدَّةِ ، وَلَئِنَّهَا فَعَلَتْ بِاخْتِيَارِهَا مَا يُنَافِي / نِكَاحَ الْأَوَّلِ لَهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ فَسَخُ النِّكَاحِ مِنْ قِبَلِهَا .

فصل : ولو صحَّ من مَرَضِهِ ذَلِكَ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَهُ ، لَمْ تَرِثْهُ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَرَوَى عَنْ النَّحَعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَزُفَرٍ ، أَنَّهَا تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهُ طَلَّاقُ مَرَضٍ قَصِدَ بِهِ الْفِرَارُ مِنَ الْمِيرَاثِ ، فَلَمْ يَمْنَعْهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَصِحَّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ بَائِنٌ بِطَلَّاقٍ فِي غَيْرِ مَرَضٍ

(٥٩) في ١ : « مسلم » .

(٦٠ - ٦١) في م : « القول » .

(٦١) في م : « التوارث » .

الموت ، فلم تَرثه ، كالمُطَلَّقة في الصَّحَّة ، ولأنَّ حُكْمَ هذا المَرَضِ حُكْمُ الصَّحَّةِ في العَطَايا والإعتاق والإفْراق ، فكذلك في الطلاق . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بما إذا قَصَدَ الفَرَارَ بالطلاق في صِحَّتِهِ .

فصل : ولو طَلَّقَ امرأته ثلاثاً في مَرَضِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ بها ، فقال أبو بكرٍ : فيها أَرْبَعُ رواياتٍ ؛ إحداهنَّ ، لها الصَّدَاقُ كاملاً والميراثُ ، وعليها العِدَّةُ . اختارها أبو بكرٍ . وهو قولُ الحَسَنِ ، وعطاءٍ ، وأبى عُبيدٍ ؛ لأنَّ الميراثَ ثَبَتَ للمَدْخُولِ بها لِفَرَارِهِ منه ، وهذا فَرٌّ ، وإذا ثَبَتَ الميراثُ ثَبَتَ وجوبُ ^(٦٢) العِدَّةِ و ^(٦٣) تَكْمِيلِ الصَّدَاقِ ، وينبغي أن تكونَ العِدَّةُ عِدَّةَ الوفاةِ ، لأنَّا جَعَلْنَاهَا في حُكْمِ مَنْ تُوفِّيَ عنها وهى زوجةٌ ، ولأنَّ الطلاقَ لا يُوجِبُ عِدَّةً على غيرِ مَدْخُولٍ بها . الثانية ، لها الميراثُ والصَّدَاقُ ، ولا عِدَّةً عليها . وهو قولُ عطاءٍ ؛ لأنَّ العِدَّةَ حَقٌّ عليها ، فلا يجبُ بفرارِهِ . والثالثة ، لها الميراثُ ونصفُ الصَّدَاقِ ، وعليها العِدَّةُ . وهذا قولُ مالِكٍ ، في رواية أبى عُبيدٍ عنه ؛ لأنَّ مَنْ تَرِثُ يجبُ أن تَعْتَدَ ، ولا يَكْمُلُ الصَّدَاقُ ؛ لأنَّ الله تعالى نَصَّ على تَنْصِيفِهِ بالطلاقِ قَبْلَ الْمَسِيْسِ ، ولا تجوزُ مَخَالَفَتُهُ . والرابعة ، لا ميراثَ لها ، ولا عِدَّةً عليها ، ولها نصفُ الصَّدَاقِ . وهو قولُ جابرِ بنِ زَيْدٍ ، والتَّحِيصِيُّ ، وأبى حنيفةً ، والشَّافِعِيُّ ، وأكثرُ أَهْلِ الْعِلْمِ . قال أحمدُ : قال جابرُ بنُ زَيْدٍ : لا ميراثَ لها ، ولا عِدَّةً عليها . وقال الحَسَنُ : تَرِثُ . قال أحمدُ : / أذهبُ إلى قولِ جابرٍ ؛ وذلك لأنَّ الله تعالى نَصَّ على تَنْصِيفِ الصَّدَاقِ ، ونَفَى العِدَّةَ عَنِ الْمُطَلَّقةِ قَبْلَ الدُّخُولِ بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ^(٦٤) . وقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ ^(٦٥) . ولا يجوزُ مَخَالَفةُ نَصِّ الْكِتَابِ بِالرَّأْيِ والتَّحَكُّمِ . وأمَّا الميراثُ ، فإنَّها ليستُ بِزَوْجَةٍ ولا

(٦٢-٦٣) سقط من : م .

(٦٣) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٦٤) سورة الأحزاب ٤٩ .

مُعْتَدَةٍ مِنْ نِكَاحٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْمُطْلَقَةَ فِي الصَّحَّةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ خَلَا بِهَا ، وَقَالَ : لَمَّا أَطَّأَهَا . وَصَدَّقَتْهُ ، فَلَهَا الْمِيرَاثُ ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِلوَفَاءِ ، وَيَكْمُلُ لَهَا الصَّدَاقُ ؛ لِأَنَّ الْخَلْوَةَ تَكْفِي فِي ثُبُوتِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ .

فصل : وَلَوْ طَلَّقَ الْمَدْخُولَ بِهَا طَلَاً رَجْعِيًّا ثُمَّ مَرِضَ فِي عِدَّتِهَا ، وَمَاتَ بَعْدَ انْقِضَائِهَا ، لَمْ تَرِثْهُ ؛ لِأَنَّهُ طَلَاٌ صَحِيحٌ . وَإِنْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً فِي صِحَّتِهِ ، وَأَبَانَهَا فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَا لَوْ ابْتَدَأَ طَلَاً فِي مَرَضِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَرَّ مِنْ مِيرَاثِهَا . وَإِنْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً فِي صِحَّتِهِ ، وَأُخْرَى فِي مَرَضِهِ ، وَلَمْ يُبْنِهَا حَتَّى بَانَتْ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، لَمْ تَرِثْ ؛ لِأَنَّ طَلَاً الْمَرْضَى لَمْ يَقْطَعْ مِيرَاثَهَا ، وَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي بَيِّنَتَيْهَا .

فصل : وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فِي مَرَضِهِ ، فَارْتَدَّتْ ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ ، ثُمَّ مَاتَ فِي عِدَّتِهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَرِثُهُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهَا مُطْلَقَةٌ فِي الْمَرْضَى ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ تَرْتَدَّ . وَالثَّانِي ، لَا تَرِثُهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ مَا يُبْنِي النِّكَاحَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَزَوَّجَتْ . وَلَوْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدَّ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ ، وَرِثَتْهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَرِثُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُطْلَقَةٌ فِي الْمَرْضَى ، لَمْ تَفْعَلْ مَا يُبْنِي نِكَاحَهَا ، مَاتَ زَوْجُهَا فِي عِدَّتِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ تَرْتَدَّ . وَلَوْ ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بَعْدَ الدُّخُولِ مِنْ غَيْرِ طَلَاٍ ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، وَرِثَهُ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ طَلَاً ١٧٣/٦ النِّكَاحَ بَاقٍ . فَإِنْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ رُجُوعِهِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَلَمْ يَرِثْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْفُرْقَةَ تُتَعَجَّلُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الدِّينِ ، لَمْ يَرِثْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَرِثَهُ الْآخَرُ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْصُلُ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، فَأَشْبَهَ الطَّلَاً . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ : إِذَا ارْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ ، ثُمَّ مَاتَتْ فِي عِدَّتِهَا ، وَرِثَهَا الزَّوْجُ .

فصل : إِذَا طَلَّقَ الْمُسْلِمُ الْمَرْيُضَ زَوْجَتَهُ الْأُمَةَ وَالذَّمِيَّةَ طَلَاً بَائِنًا ، ثُمَّ أَسْلَمَتِ الذَّمِيَّةُ ، وَعَتَقَتِ الْأُمَةُ ، ثُمَّ مَاتَ فِي عِدَّتَيْهِمَا ، لَمْ تَرِثَاهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ الطَّلَاكِ فَارًّا . وَإِنْ قَالَ

لهما في المرضي : إِذَا عَتَقْتَ أَنْتِ ، أَوْ أَسْلَمْتَ أَنْتِ^(٦٥) ، فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ . فَعَتَقْتَ الْأُمَّةَ ، وَأَسْلَمْتَ الذَّمِّيَّةَ ، وَمَات ، وَرِثَاهُ ؛ لِأَنَّهُ فَارٌّ . فَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتُمَا طَالِقَتَانِ غَدًا . فَعَتَقْتَ الْأُمَّةَ ، وَأَسْلَمْتَ الذَّمِّيَّةَ ، لَمْ تَرِثَاهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ فَارٍّ . وَإِنْ قَالَ سَيِّدُ الْأُمَّةِ : أَنْتِ حُرَّةٌ غَدًا . وَقَالَ الزَّوْجُ : أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا . وَهُوَ يَعْلَمُ بِقَوْلِ السَّيِّدِ ، وَرِثَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ فَارٌّ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ تَرِثْهُ ؛ لِعَدَمِ الْفَرَارِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَلَمْ أَعْلَمْ لَهُمْ مَخَالَفًا .

فصل : وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ فِي صِحَّتِهِ : إِذَا مَرِضْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ . فُحْكُمُهُ حُكْمُ طَلَاقِ الْمَرْضَى سَوَاءً . فَإِنْ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ كَانَ طَلَّقَهَا فِي صِحَّتِهِ ثَلَاثًا ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ عَلَيْهَا ، وَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ طَلَاقِهِ فِي مَرَضِهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ بِمَا يَبْتَطُلُ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِمَا لَهَا .

فصل : وَإِنْ سَأَلَتْهُ الطَّلَاقَ فِي مَرَضِهِ ، فَأَجَابَهَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِفَارٍّ . وَالثَّانِيَّةُ ، تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي مَرَضِهِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ خَالَعَهَا ، أَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ عَلَى مَشِيئَتِهَا فِشَاءً ، أَوْ عَلَى فِعْلٍ مِنْ جِهَتِهَا لَهَا مِنْهُ بَدْفَعْلَتُهُ ، أَوْ خَيْرَهَا فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا . وَالصَّحِيحُ فِي هَذَا كُلِّهِ أَنَّهَا لَا تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا فِرَازَ مِنْهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . / وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِتَغْلِيْقِ طَلَاقِهَا ، فَفَعَلَتْ مَا عَلَّقَ عَلَيْهِ ، وَرِثَتُهُ ؛ لِأَنَّهُا مَعْدُورَةٌ فِيهِ . وَلَوْ سَأَلَتْهُ طَلِّقْ ، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، وَرِثَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَبَانَهَا بِمَا لَمْ تَطْلُبْهُ مِنْهُ . وَإِنْ عَلَّقَ طَلَاقَهَا عَلَى فِعْلٍ لَا يَبْدُ لَهَا مِنْهُ ، كَصَلَاةٍ مَكْتُوبَةٍ ، وَصِيَامٍ وَاجِبٍ فِي وَقْتِهِ ، فَفَعَلَتْهُ ، فُحْكُمُهُ حُكْمُ طَلَاقِهَا ابْتِدَاءً ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَكَذَلِكَ إِنْ عَلَّقَهُ عَلَى كَلَامِهَا لِأَبْوَيْهَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا . وَإِنْ قَالَ فِي مَرَضِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ . وَنَحْوَهُ مِمَّا لَيْسَ مِنْ فِعْلِهَا وَلَا فِعْلِهِ ، فَوَجَدَ الشَّرْطَ فَطَلَّقَتْ بِهِ ، وَرِثَتُهُ .

فصل : فَإِنْ عَلَّقَ طَلَاقَهَا فِي الصَّحَّةِ عَلَى شَرْطٍ وَجَدَ فِي الْمَرْضَى ، كَقُدُومِ زَيْدٍ ،

وَمَجِيءٍ غَيْدٍ ، وَصَلَاتِهَا الْفَرْضَ ، بَأْتَتْ وَلَمْ تَرِثْ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ كَانَتْ فِي الصَّحَّةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهَا تَرِثُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَقَعَ فِي الْمَرْضَى . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَإِنْ عُلِّقَ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ ، فَفَعَلَهُ فِي الْمَرْضَى ، وَرِثَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ بِهَا فِي الْمَرْضَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ التَّغْلِيْقُ فِي الْمَرْضَى . وَلَوْ قَالَ فِي الصَّحَّةِ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ أَضْرِبْ غُلَامِي . فَلَمْ يَضْرِبْهُ حَتَّى مَاتَ ، وَرِثَتَهُ . وَإِنْ مَاتَتْ ، لَمْ يَرِثْهَا . وَإِنْ مَاتَ الْغُلَامُ وَالزَّوْجُ مَرِيضٌ ، طَلَّقَتْ ، وَكَانَ كَتَغْلِيْقِهِ عَلَى مَجِيءِ زَيْدٍ أَيْضًا . وَكَذَلِكَ ^(١٦) إِنْ قَالَ : إِنْ لَمْ أُؤَفِّكْ مَهْرَكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَإِنْ ادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ وَقَّاهَا مَهْرَهَا فَأَنْكَرَتْهُ ، صُدِّقَ الزَّوْجُ فِي تَوْرِيثِهِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ ، وَلَمْ تُصَدِّقْ فِي بَرَاءَتِهِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ فِي ذِمَّتِهِ . وَلَوْ قَالَ لَهَا فِي الصَّحَّةِ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ عَلَيْكَ . فَكَذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ . وَلَوْ قَذَفَ الْمَرِيضُ امْرَأَتَهُ ، ثُمَّ لَاعْنَهَا فِي مَرَضِهِ ، فَبَأَتْ مِنْهُ ، ثُمَّ مَاتَ فِي مَرَضِهِ ، وَرِثَتَهُ . وَإِنْ مَاتَتْ ، لَمْ يَرِثْهَا . وَإِنْ قَذَفَهَا فِي صِحَّتِهِ ، وَلَاعْنَهَا فِي مَرَضِهِ ، وَمَاتَ فِيهِ ، لَمْ تَرِثْهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَاللُّوْلُؤِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهَا تَرِثُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ . وَإِنْ آلَى مِنْهَا فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ صَحَّ ، ثُمَّ نَكَسَ فِي مَرَضِهِ ، فَبَأَتْ بِالْإِيلَاءِ ، لَمْ تَرِثْهُ .

١٧٤/٦ ظ

فصل : وَإِذَا أَسْتَكْرَهَ الْإِبْنُ امْرَأَةً أَبِيهِ عَلَى مَا يَنْفَسِخُ بِهِ نِكَاحُهَا ، مِنْ وَطْءٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فِي مَرَضِ أَبِيهِ ، فَمَاتَ أَبُوهُ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، وَرِثَتَهُ ، وَلَمْ يَرِثْهَا إِنْ مَاتَتْ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ . فَإِنْ طَاوَعَتْهُ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ تَرِثْ ؛ لِأَنَّهَا مُشَارِكَةٌ فِيمَا يَنْفَسِخُ بِهِ نِكَاحُهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ خَالَعَتْهُ . وَسَوَاءٌ كَانَ لِلْمَيِّتِ بَنُونَ سِوَى هَذَا الْإِبْنِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ . فَإِذَا انْتَفَتِ الثُّهْمَةُ عَنْهُ ، بِأَنْ يَكُونَ غَيْرَ وَارِثٍ ، كَالْكَافِرِ وَالْقَاتِلِ وَالرَّقِيقِ ، أَوْ كَانَ ابْنًا مِنَ الرُّضَاعَةِ ، أَوْ ابْنُ ابْنٍ مَخْجُوبٍ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ، أَوْ بِأَبَوَيْنِ ، أَوْ ابْنَيْنِ ، أَوْ كَانَ لِلْمَيِّتِ امْرَأَةٌ أُخْرَى تَحْوزُ مِيرَاثَ الزَّوْجَاتِ ، لَمْ تَرِثْ ؛ لِإِنتِفَاءِ الثُّهْمَةِ . وَلَوْ صَارَ ابْنُ الْإِبْنِ وَارِثًا بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ تَرِثْ ؛ لِإِنتِفَاءِ الثُّهْمَةِ حَالَ الْوَطْءِ . وَلَوْ كَانَ حَالَ الْوَطْءِ وَارِثًا ، فَعَادَ مَخْجُوبًا عَنْ الْمِيرَاثِ ، لَوَرِثَتْ ؛ لَوْجُودِ الثُّهْمَةِ حِينَ الْوَطْءِ . وَلَوْ كَانَ لِلْمَرِيضِ امْرَأَتَانِ ،

فاسْتَكْرَه ابْنَهُ إِحْدَاهُمَا ، لَمْ تَرْتَهُ ؛ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ عَنْهُ ، لَكُونَ مِيرَاثُهَا لَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ . وَلَوْ اسْتَكْرَه الثَّانِيَةَ بَعْدَهَا ، لَوَرِثْتَ الثَّانِيَةَ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهَا ، وَلَوْ اسْتَكْرَهَهُمَا مَعًا ، دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَرِثْنَا جَمِيعًا . وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ . وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ ، فَإِنَّهُ لَا يَرَى فُسْخَ النِّكَاحِ بِالْوَطْءِ الْحَرَامِ . وَكَذَلِكَ الْحَكَمُ فِيهَا إِذَا وَطِئَ الْمَرِيضُ مَنْ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهُ بِوَطْئِهَا ، كَأَمَّ امْرَأَتَهُ أَوْ ابْنَتَهَا ، فَإِنَّ امْرَأَتَهُ تَبِينُ مِنْهُ ، وَرِثَتُهُ إِذَا مَاتَ فِي مَرَضِهِ ، وَلَا يَرِثُهَا ، وَسَوَاءٌ طَاوَعَتْهُ الْمَوْطُوعَةُ أَوْ أَكْرَهَهَا ، فَإِنَّ مُطَاوَعَتَهَا لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ فِيهِ فِعْلٌ يَسْقُطُ^(٦٧) بِهِ مِيرَاثُهَا . فَإِنْ كَانَ زَائِلَ الْعَقْلِ حِينَ الْوَطْءِ ، لَمْ تَرِثْ امْرَأَتُهُ مِنْهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ قَصْدٌ صَحِيحٌ ، فَلَا يَكُونُ فَارًّا مِنْ مِيرَاثِهَا . وَكَذَلِكَ لَوْ وَطِئَ ابْنَهُ امْرَأَتَهُ مُسْتَكْرِهًا لَهَا ، وَهُوَ زَائِلُ الْعَقْلِ ، / لَمْ تَرِثْ لَذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ صَبِيًّا عَاقِلًا ، وَرِثَتْ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَصْدًا صَحِيحًا .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ كَالْمَجْنُونِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَا عِبْرَةَ بِهِ . وَكَذَلِكَ الْحَكَمُ فِيهَا إِذَا وَطِئَ ابْنَتَ امْرَأَتِهِ أَوْ أُمَّهُا . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي وَطْءِ الصَّبِيِّ ابْنَتَ^(٦٨) امْرَأَتِهِ أَوْ أُمَّهُا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَنْفَسِخُ بِهِ نِكَاحُ امْرَأَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ^(٦٩) لَا يُحَرِّمُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ امْرَأَتَهُ تَبِينُ بِذَلِكَ ، وَلَا تَرِثُهُ وَلَا يَرِثُهَا . وَفِي الْقُبْلَةِ وَالْمُبَاشَرَةِ دُونَ الْفَرْجِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَنْشُرُ الْحُرْمَةَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ؛ لِأَنَّهُا مُبَاشَرَةٌ تَحْرِمُ فِي غَيْرِ النِّكَاحِ وَالْمِلْكِ ، فَأَشْبَهَتِ الْوَطْءَ . وَالثَّانِيَةُ ،^(٧٠) لَا تَنْشُرُهَا ، لِأَنَّهُا لَيْسَتْ^(٧١) بِسَبَبٍ لِلْبَعْضِيَّةِ ، فَلَا تَنْشُرُ الْحُرْمَةَ ، كَالنَّظَرِ وَالْحُلُوةِ . وَخَرَجَ أَصْحَابُنَا فِي النَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ وَالْحُلُوةِ لَشَهْوَةٍ وَجْهًا أَنَّهَا تَنْشُرُ الْحُرْمَةَ .

فصل : وَإِنْ فَعَلَتِ الْمَرِيضَةُ مَا يَفْسُخُ نِكَاحَهَا ، كَرِضَاعِ امْرَأَةٍ صَغِيرَةٍ لَزْوَجِهَا ، أَوْ رِضَاعِ زَوْجِهَا الصَّغِيرِ ، أَوْ ارْتَدَّتْ ، أَوْ نَحَوَ ذَلِكَ ، فَمَاتَتْ فِي مَرَضِهَا ، وَرِثَتِ الزَّوْجُ وَلَمْ تَرِثْهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَرِثُهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فَرٌّ مِنْ

(٦٧) فِي م : « فَيَسْقُطُ » .

(٦٨) فِي م : « ابْنَتِ » .

(٦٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٧٠ - ٧١) فِي الْأَصْلِ ، أ : « لَا تَنْشُرُ لِأَنَّهُ لَيْسَ » .

ميراث الآخر ، فأشبهه الرجل . وإن عتقت^(٧١) ، فاختارت نفسها ، أو كان الزوج عتيقاً فأجل سنة ، ولم يصنها حتى مرضت في آخر الحول ، فاختارت فرقة ، وقرق بينهما ، لم يتوارثا في قولهم أجمعين . ذكره ابن اللبان في « كتابه » . وذكر القاضي في المعتقد إذا اختارت نفسها في مرضها ، لم يرثها ؛ وذلك لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر ، لا للفرار من الميراث . وإن قبلت ابن زوجها للشهوة ، خرج فيه وجهان ؛ أحدهما ، ينفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة ، وماتت في عديتها . وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه . والثاني ، لا ينفسخ النكاح به . وهو قول الشافعي . ولو أن رجلاً / زوج ابنة أخيه وهي صغيرة ، ثم بلغت ، ففسخت النكاح في مرضها ، لم يرثها الزوج . بغير خلاف نعلمه ؛ لأن النكاح من أصله غير صحيح في صحيح المذهب ، وهو قول الشافعي ، رضي الله عنه . وروى عن أحمد ما يدل على صحته ، ولها الخيار . وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، إلا أن الفسخ لإزالة الضرر لا من أجل الفرار ، فلم يرثها ، كما لو فسخت المعتقد نكاحها . والله أعلم .

فصل : إذا طلق المريض امرأته ، ثم نكح أخرى ، ومات من مرضه في عدة المطلقة ، ورثناه جميعاً . هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق ، وأحد قولي الشافعي ، رضي الله عنه . والقول الآخر ، لا ترث المبتوتة ، فيكون الميراث كله للثانية . وقال مالك : الميراث كله للمطلقة ؛ لأن نكاح المريض عنده غير صحيح . وجعل بعض أصحابنا فيها وجهاً ، أن الميراث كله للمطلقة ؛ لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها ، وهو جميع الميراث ، فكذلك بعده . وليس هذا بصحيح ، فإنها إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ، ولو لم يطلقها وتزوج عليها ، لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات ، فكذلك إذا طلقها . فعلى هذا لو تزوج ثلاثاً في مرضه ، فليس للمطلقة إلا ربع ميراث الزوجات ، ولكل واحدة من الزوجات ربعه . وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ، فالميراث

(٧١) في م : « أعتقت » .

للزَّوْجَاتِ ، في إحدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وأبَى حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ . والرِّوَايَةُ الأُخْرَى ، أَنَّ الميراثَ للأَرْبَعِ . وعندَ مالِكٍ الميراثُ كُلُّهُ للمُطَلَّقةِ . وإن كانَ له أَرْبَعُ نِسْوَةٍ ، فَطُلِّقَ إحدَاهُنَّ ثَلَاثًا في مرضِهِ ، ثُمَّ نَكَحَ أُخْرَى في عِدَّةِ المُطَلَّقةِ ، أو طُلِّقَ امرأةً واحدةً ، وَنَكَحَ أُخْتَهَا في عِدَّتِهَا ، ومَاتَ في عِدَّتِهَا ، فَالنِّكَاحُ باطلٌ ، والميراثُ بينَ المُطَلَّقةِ وباقيِ الزَّوْجَاتِ الأوَّليِّ . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ ، ومالِكٍ . وقال الشَّافِعِيُّ : النِّكَاحُ صحيحٌ ، والميراثُ للجَدِيدَةِ مع باقى المُنكَوحَاتِ دُونَ المُطَلَّقةِ . وَيَجِئُ عَلَى قولِهِ القديمُ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، أَنَّ يكونَ الميراثُ بينَ المُطَلَّقةِ وباقيِ الزَّوْجَاتِ ، كقولِ الجُمهورِ ، ولا شَيْءَ للمُنكَوحَةِ . والثَّانِي ، أَنَّ يكونَ بينهما على خَمْسَةٍ ، لكلِّ واحدةٍ مِنْهُنَّ خُمْسُهُ . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ المُطَلَّقةِ ، ففى ميراثِها رَوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، لا ميراثَ لها ، فيكونُ الميراثُ لباقيِ الزَّوْجَاتِ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ وأهلِ العِراقِ . والثَّانِيَةِ ، تَرِثُ مَعَهُنَّ ولا شَيْءَ للمُنكَوحَةِ . وقال الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : الميراثُ للمُنكَوحَاتِ كُلِّهِنَّ ، ولا شَيْءَ للمُطَلَّقةِ . وإن تزَوَّجَ الخَامِسَةَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ المُطَلَّقةِ ، صَحَّ نِكَاحُهَا . وهل تَرِثُ المُطَلَّقةُ ؟ على رَوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا تَرِثُ . وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ لِأَنَّهُ قالَ : يَلْزَمُ مَنْ قالَ : يَصِحُّ النِّكَاحُ في العِدَّةِ . أَنَّ يَرِثَ ثَمَانِ نِسْوَةٍ ، وَأَنَّ يَرِثَهُ أُخْتَانِ ، فيكونُ مُسْلِمٌ يَرِثُهُ ثَمَانِ نِسْوَةٍ أو أُخْتَانِ^(٧٢) ، وَتَوْرِثُ المُطَلَّقاتِ بَعْدَ العِدَّةِ يَلْزَمُ مِنْهُ هَذَا ، أو حُرْمَانُ الزَّوْجَاتِ المَنْصُوصِ على ميراثِهنَّ ، فيكونُ مُنْكَرًا لِهَ غَيْرِ قَائِلٍ بِهِ . فعَلَى هَذَا يكونُ الميراثُ للزَّوْجَاتِ دُونَ المُطَلَّقةِ . والرِّوَايَةُ الثَّانِيَةِ ، تَرِثُ المُطَلَّقةُ . فَيُخَرَّجُ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، يكونُ الميراثُ بينَ الخَمْسِ . والثَّانِي ، يكونُ للمُطَلَّقةِ والمُنكَوحَاتِ الأوَّليِّ دُونَ الجَدِيدَةِ ؛ لِأَنَّ المَرِيضَ مَنُوعٌ مِنْ أَنْ يَحْرِمَهُنَّ ميراثَهُنَّ بالطلاقِ ، فَكَذَلِكَ يُمْنَعُ مِنْ تَنْقِيصِهنَّ مِنْهُ ، وَكِلَا وَجْهَيْنِ بعيدٌ ؛ أَمَّا أَحَدُهُما فَيَرُدُّهُ نَصُّ الكِتَابِ على تَوْرِثِ الزَّوْجَاتِ ، فلا يجوزُ مَخَالَفَتُهُ بِغَيْرِ نَصٍّ ولا إجماعٍ ولا قِيَاسٍ على صورةٍ مَخْصُوصَةٍ مِنَ النِّصِّ في مَعْنَاهُ ، وَأَمَّا الأُخْرُ فَلِإِنَّ اللهَ تَعَالَى لم

(٧٢) في م : « وأختان » .

يُبَيِّحُ نِكَاحَ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ ، وَلَا الْجَمْعَ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ . فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْتَمِغْنَ فِي مِيرَاثِهِ
بِالزَّوْجِيَّةِ . وَعَلَى هَذَا لَوْ طَلَّقَ أَرْبَعًا فِي مَرَضِهِ ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ ، وَنَكَحَ أَرْبَعًا سِوَاهُنَّ ،
ثُمَّ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ، فَعَلِيَ الْأَوَّلُ تَرْتِيبُهُ الْمَنْكُوحَاتِ دُونَ الْمُطَلَّقَاتِ . وَعَلَى الثَّانِي يَكُونُ فِيهِ
وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْمِيرَاثَ كُلَّهُ لِلْمُطَلَّقَاتِ . وَعَلَى الثَّانِي / هُوَ بَيْنَ الثَّمَانِ . وَقَالَ ط ١٧٦/٦
مَالِكٌ : الْمِيرَاثُ لِلْمُطَلَّقَاتِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمَنْكُوحَاتِ ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهُنَّ غَيْرُ صَحِيحٍ
عِنْدَهُ . وَإِنْ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، فَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ ، فَالْمِيرَاثُ لَهُنَّ فِي قَوْلِ
الْجُمْهُورِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُطَلَّقَاتِ إِلَّا^(٧٣) فِي قَوْلِ مَالِكٍ وَمَنْ وَافَقَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ تَزَوَّجَتْ
الْمُطَلَّقَاتُ لَمْ يَرْتِنَنَّ شَيْئًا ، إِلَّا فِي قَوْلِهِ وَقَوْلِ مَنْ وَافَقَهُ . وَلَوْ طَلَّقَ أَرْبَعًا بَعْدَ دُخُولِهِ بِهِنَّ ثَلَاثًا
فِي مَرَضِهِ ، وَقَالَ : قَدْ أَخْبَرْتَنِي بِانْقِضَاءِ عِدَّتِيهِنَّ . فَكَذَّبْتَهُ ، فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ أَرْبَعًا سِوَاهُنَّ ،
إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي مُدَّةٍ يُمَكِّنُ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ فِيهَا ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَيْهِنَّ فِي حِرْمَانِ الْمِيرَاثِ .
وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَبِي يُونُسَ ، وَاللُّؤْلُؤِيِّ ، إِذَا كَانَ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وَقَالَ زُفَرٌ : لَا
يَجُوزُ لَهُ التَّزْوِيجُ أَيْضًا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا حُكْمٌ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لَا حَقَّ لَهُنَّ
فِيهِ ، فَقَبِلَ قَوْلَهُ فِيهِ . فَعَلِيَ هَذَا إِنْ تَزَوَّجَ أَرْبَعًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَرَبَّهِ الْمُطَلَّقَاتُ
دُونَ الْمَنْكُوحَاتِ ، إِلَّا أَنْ يَمُتَنَّ قَبْلَهُ ، فَيَكُونُ الْمِيرَاثُ لِلْمَنْكُوحَاتِ . وَإِنْ أَقَرَّرَنَ
بِانْقِضَاءِ عِدَّتِيهِنَّ ، وَقُلْنَا : الْمِيرَاثُ لَهُنَّ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . فَالْمِيرَاثُ لِلْمَنْكُوحَاتِ
أَيْضًا . وَإِنْ مَاتَ مِنْهُنَّ ثَلَاثٌ ، فَالْمِيرَاثُ لِلْبَاقِيَةِ . وَإِنْ مَاتَ مِنْهُنَّ وَاحِدَةً ، وَمِنْ
الْمَنْكُوحَاتِ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ ، أَوْ مَاتَ مِنَ الْمُطَلَّقَاتِ اثْنَتَيْنِ ، وَمِنْ الْمَنْكُوحَاتِ
وَاحِدَةً ، فَالْمِيرَاثُ لِبَاقِي الْمُطَلَّقَاتِ . وَإِنْ مَاتَ مِنَ الْمُطَلَّقَاتِ وَاحِدَةً وَمِنْ
الْمَنْكُوحَاتِ ثَلَاثٌ ، أَوْ مِنَ الْمُطَلَّقَاتِ اثْنَتَيْنِ ، وَمِنْ الْمَنْكُوحَاتِ اثْنَتَيْنِ ، أَوْ مِنْ
الْمُطَلَّقَاتِ ثَلَاثٌ وَمِنْ الْمَنْكُوحَاتِ وَاحِدَةً ، فَالْمِيرَاثُ بَيْنَ الْبَوَاقِي مِنَ الْمُطَلَّقَاتِ
وَالْمَنْكُوحَاتِ مَعًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَأْنَفَ الْعَقْدَ عَلَى الْبَاقِيَاتِ مِنَ الْجَمِيعِ ، جَازَ فَكَانَ
صَحِيحًا . وَإِنْ تَزَوَّجَ الْمَنْكُوحَاتِ فِي أَرْبَعَةِ عُقُودٍ ، فَمَاتَ مِنَ الْمُطَلَّقَاتِ وَاحِدَةً ،
وَرَبَّتْ مَكَانَهَا الْأُولَى مِنَ الْمَنْكُوحَاتِ . وَإِنْ مَاتَ اثْنَتَانِ ، وَرَبَّتِ الْأُولَى / وَالثَّانِيَةُ .
وَإِنْ مَاتَ ثَلَاثٌ ، وَرَبَّتِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةُ وَالثَّلَاثَةُ مِنَ الْمَنْكُوحَاتِ ، مَعَ مَنْ بَقِيَ مِنْ

(٧٣) سقط من : م .

المطلقات . وهذا على^(٧٤) قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي . وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات . وأما الشافعي فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات ، فعلى قوله إذا طلق أربعاً ، ونكح أربعاً ، في عقد أو عقود^(٧٥) ، ثم مات من مرضه فالمرث للمنكوحات . وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان ؛ أحدهما ، أن الميراث بين الثمان . والثاني ، أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات . فإن مات بعض المطلقات ، أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات . وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء . وإن ماتت اثنتان فللزوجات نصف الميراث . فإن مات ثلاث ، فلهن ثلاثة أرباع الميراث إن كان نكاحهن في عقد واحد . وإن كان في عقود متفرقة ، فإذا ماتت واحدة من المطلقات ، فميراثها للأولى من المنكوحات ، وميراث الثانية للثانية ، وميراث الثالثة للثالثة .

فصل : إذا قال الرجل لنسائه : إحدكن طالق . يعنى واحدة بعينها ، طلقت وحدها ، ويرجع إلى تعيينه ، ويؤخذ بنفقتيهن كلهن إلى أن تعين . وإن كان الطلاق بائناً ، منع منهن إلى أن يعين . فإن قال : أردت هذه . طلقت وحدها . وإن قال : لم أرد هؤلاء الثلاث . طلقت الرابعة . وإن عاد ، فقال : أخطأت ، إنما أردت هذه . طلقت الأخرى . وإن مثن أو إحداهن قبل أن يبين ، رجع إلى قوله ، فمن أقر بطلاقها حرّمناه ميراثها ، وأحلّفناه لورثته من لم يعينها . وهذا قول الشافعي . وإن لم يعن بذلك واحدة بعينها ، أو مات^(٧٦) قبل التعيين ، أخرجت بالقرعة ، وكذلك إن طلق واحدة / من نسائه بعينها ، فأنسيها ، فمات ، أخرجت بالقرعة ، فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها . روى ذلك عن علي ، رضي الله عنه . وهو قول أبي ثور . وروى عطاء ، عن ابن عباس ، أن رجلاً سأله فقال : إن لي ثلاث نسوة ، وإني طلقت إحداهن فبنت

(٧٤) سقط من : ١ .

(٧٥) في م : ١ : وعقود .

(٧٦) في ١ ، م : ١ : ماتت .

طَلَّاقَهَا . فقال ابن عباس ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنْ كُنْتَ نَوَيْتَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ بَعَيْنَهَا ثُمَّ أَنْسَيْتَهَا ، فَقَدْ اشْتَرَكْنَ فِي الطَّلَاقِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ نَوَيْتَ وَاحِدَةً بَعَيْنَهَا ، فَطَلَّقْتَ أَيْتَهُنَّ شَيْئًا . وقال الشافعي ، وأهل العراق : يُرْجَعُ إِلَى تَعْيِينِهِ فِي الْمَسَائِلِ كُلِّهَا . فَإِنْ وَطِئَ إِحْدَاهُنَّ كَانَ تَعْيِينًا لَهَا بِالنِّكَاحِ ، فِي قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، وَبَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وقال الشافعي : لَا يَكُونُ تَعْيِينًا . فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَيَّنَّ ، فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُنَّ كُلَّهُنَّ ، فِي قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ . وقال مالك : يَطْلُقْنَ كُلُّهُنَّ ، وَلَا مِيرَاثَ لَهُنَّ . وقال الشافعي : يُوقَفُ مِيرَاثُهُنَّ ، وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ دَفَعَ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ نَصْفَ مَهْرٍ ، وَوَقَفَ الْبَاقِي فِي مُهُورِهِنَّ . وقال داود : يَبْطُلُ حُكْمُ طَلَّاقِهِنَّ ؛ لِمَوْضِعِ الْجَهَالَةِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرٌ كَامِلٌ ، وَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُنَّ . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ ، طَلَّقَتْ الْآخِرَةُ ، فِي قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ . وقال الشافعي : يُرْجَعُ إِلَى تَعْيِينِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلَا يُعَارِضُهُ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ يَعْتَرِفُ لِعَلِيِّ بِتَقْدِيمِ قَوْلِهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا ثَبَتَ لَنَا عَنْ عَلِيٍّ قَوْلٌ ، لَمْ نَعُدْهُ إِلَى غَيْرِهِ . وقال : مَا عَلِمَ إِلَى عَلِيٍّ ، إِلَّا كَالْقَرَارَةِ إِلَى الْمُتَعَنَّجِرِ^(٧٧) . وَلَأنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ عَنِ الْآدَمِيِّ ، فَتُسْتَعْمَلُ فِيهِ الْقُرْعَةُ عِنْدَ الْاشْتِبَاهِ ، كَالْعِتْقِ . وَقَدْ ثَبَتَ^(٧٨) ذَلِكَ فِي الْعِتْقِ بِخَبَرِ عُمَرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ^(٧٩) . وَلَأنَّ الْحُقُوقَ تَسَاوَتْ عَلَى وَجْهِ تَعْدَلٍ تَعْيِينُ الْمُسْتَحِقِّ فِيهِ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُسْتَعْمَلَ فِيهِ الْقُرْعَةُ ، كَالْقِسْمَةِ وَالسَّفَرِ^(٨٠) بَيْنَ النِّسَاءِ ، فَأَمَّا / فَسَمِ الْمِيرَاثَ بَيْنَ الْجَمِيعِ ، فَفِيهِ دَفْعٌ إِلَى إِحْدَاهُنَّ مَا لَا تُسْتَحَقُّهُ ، وَتَنْقِصُ بَعْضُهُنَّ حَقَّهَا يَقِينًا ، وَالْوَقْفُ إِلَى غَيْرِ غَايَةٍ تُضَيِّعُ لِحُقُوقِهِنَّ ، وَحَرَمَانُ الْجَمِيعِ مَنَعُ الْحَقِّ عَنْ صَاحِبِهِ يَقِينًا . وَلَوْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ ، فَطَلَّقَ إِحْدَاهُمَا ، ثُمَّ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا ، ثُمَّ مَاتَ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ

(٧٧) المتعنجر : وسط البحر .

(٧٨) في م : ١ : بينت .

(٧٩) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٩٥ .

(٨٠) في م : ١ : في السفر .

وَقَعَتْ عَلَيْهَا قُرْعَةُ الطَّلَاقِ لَمْ يَرِنْهَا إِنْ كَانَتْ الْمَيِّتَةُ ، وَلَمْ تَرْتَهُ إِنْ كَانَتْ الْأُخْرَى . وَفِي قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ : يَرِثُ الْأُولَى ، وَلَا تَرِثُهُ الْأُخْرَى . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُرْجَعُ إِلَى تَعْيِينِ الْوَارِثِ ، فَإِنْ قَالَ : طَلَّقَ الْمَيِّتَةَ . لَمْ يَرِنْهَا ، وَوَرِثَتُهَا الْحَيَّةُ . وَإِنْ قَالَ : طَلَّقَ الْحَيَّةَ . حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ ، وَأَخَذَ مِيرَاثَ الْمَيِّتَةِ ، وَلَمْ تُورَثِ الْحَيَّةُ . وَالْقَوْلُ الثَّانِي ، يُوقَفُ مِنْ مَالِ الْمَيِّتَةِ مِيرَاثُ الزَّوْجِ ، وَمِنْ مَالِ الزَّوْجِ مِيرَاثُ الْحَيَّةِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ قَدْ دَخَلَ بِأَحَدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى ، وَطَلَّقَ إِحْدَاهُمَا لَا بَعَيْنَهَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهَا الْقُرْعَةُ فَلَهَا حُكْمُ الطَّلَاقِ ، وَلِلأُخْرَى حُكْمُ الزَّوْجِيَّةِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : لِلْمَذْخُولِ بِهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِيرَاثِ إِنْ مَاتَ فِي عِدَّتِهَا ، وَلِلأُخْرَى رُبْعُهُ ؛ لِأَنَّ لِلْمَذْخُولِ بِهَا نِصْفَهُ يَتَقَيَّنُ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ يَتَدَايَعِيهِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : النِّصْفُ لِلْمَذْخُولِ بِهَا ، وَالثَّانِي مَوْقُوفٌ . وَإِنْ كَانَتَا مَذْخُولًا بِلَهُمَا ، فَقَالَ فِي مَرَضِهِ : أَرَدْتُ هَذِهِ . ثُمَّ مَاتَ فِي عِدَّتِهَا ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالطَّلَاقِ فِي الْمَرَضِ كَالطَّلَاقِ فِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُونُسَ . وَقَالَ زُفَرٌ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ ، وَالْمِيرَاثُ لِلأُخْرَى . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَلَوْ كَانَ لِلْمَرِيضِ امْرَأَةً أُخْرَى سِوَى هَاتَيْنِ ، فَلَهَا نِصْفُ الْمِيرَاثِ ، وَلِلثَّانِيَّتَيْنِ نِصْفُهُ . وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ نِصْفُهُ مَوْقُوفٌ .

فصل : ولو كان له أربع نسوة ، فطَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ ، ثُمَّ نَكَحَ خَامِسَةً بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُبَيَّنْ ، فَلِلخَامِسَةِ رُبْعُ الْمِيرَاثِ وَالْمَهْرُ ، وَيُقْرَعُ بَيْنَ الْأَرْبَعِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : لَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِيرَاثِ / بَيْنَهُنَّ . وَإِنْ كُنَّ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهِنَّ ، فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ مُهَوِرٍ وَنِصْفٌ . وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، يُوقَفُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِيرَاثِ ، وَمَهْرُ وَنِصْفٌ بَيْنَ الْأَرْبَعِ ، فَإِنْ جَاءَتْ وَاحِدَةٌ تَطْلُبُ مِيرَاثَهَا لَمْ تُعْطَ شَيْئًا . وَإِنْ طَلَبَهُ اثْنَتَانِ دُفِعَ إِلَهُمَا رُبْعُ الْمِيرَاثِ ، وَإِنْ طَلَبَهُ ثَلَاثٌ دُفِعَ إِلَيْهِنَّ نِصْفُهُ ، وَإِنْ طَلَبَهُ الْأَرْبَعُ دُفِعَ إِلَيْهِنَّ . وَلَوْ قَالَ بَعْدَ نِكَاحِ الْخَامِسَةِ : إِحْدَاكُنَّ طَالِقٌ . فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، لِلخَامِسَةِ رُبْعُ الْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّهَا شَرِيكَةُ ثَلَاثٍ ، وَبَاقِيَهُ بَيْنَ الْأَرْبَعِ كَالأُولَى ، وَلِلخَامِسَةِ سَبْعَةُ أَثْمَانٍ مَهْرٌ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ تَقْصُصَهَا وَثَلَاثًا مَعَهَا نِصْفَ مَهْرٍ ، وَيَتَقَيُّ لِلأَرْبَعِ ثَلَاثَةٌ وَثَمَنٌ بَيْنَهُنَّ ، فِي قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ . فَإِنْ تَزَوَّجَ بَعْدَ ذَلِكَ سَادِسَةً ، فَلَهَا رُبْعُ الْمِيرَاثِ ، وَمَهْرٌ كَامِلٌ ، وَلِلخَامِسَةِ رُبْعٌ مَا بَقِيَ وَسَبْعَةُ أَثْمَانٍ مَهْرٌ ، وَلِلأَرْبَعِ مَا بَقِيَ وَثَلَاثَةُ مُهَوِرٍ وَثَمَنٌ ، وَيَكُونُ الرُّبْعُ مَقْسُومًا عَلَى أَرْبَعَةِ

وسيتين . فإن قال بعد ذلك : إحدائكن طالق . لم يَخْتَلِفِ الميراث ، ولكن تَخْتَلِفُ المهور ، فللسَّادسة سبعة أثمانٍ مهرٍ ، وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين من مهرٍ ، ويَتَقَى للأربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهرٍ . وعند الشافعي يُوقَفُ ربع الميراث بين الستِّ ، وربع آخر بين الخمس ، وباقيه بين الأربع ، ويوقَفُ نصف مهر بين الستِّ ، ونصف بين الخمس ، ونصف بين الأربع ، ويُدْفَعُ إلى كل واحدة نصف .

باب الاشتراك في الطهر

إذا وَطِئَ رجلانِ امرأةً في طهرٍ واحدٍ وطئاً يَلْحَقُ النَّسَبُ من مثله ، فَأَتَتْ بَوْلِدٍ يُمَكِّنُ أن يكونَ منهما ، مثل أن يطأَ الشَّريكانِ جَارِيَتَهُمَا الْمُشْتَرَكَةَ ، أو يطأُ الإنسانَ جَارِيَتَهُ ثُمَّ يَبِيعُهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا ، فَيَطْوُهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، أو يطوُّها رجلانِ بِشَبْهَةٍ ، أو يُطَلِّقَ رجلٌ امرأته فيتزوّجها غيره في عِدَّتِهَا وَيَطْأُهَا ، أو يطأُ إنسانٌ جاريةً آخرَ أو امرأته بِشَبْهَةٍ فِي الطَّهْرِ الَّذِي وَطِئَهَا فِيهِ / سَيِّدُهَا أو زَوْجُهَا ، ثُمَّ تَأْتِي بِوَلَدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ ١٧٩/٦ و
منهما ، فَإِنَّهُ يُرَى الْقَافَةُ مَعَهُمَا . وهذا قولُ عطاءٍ ، ومالكٍ ، والليث ، والأوزاعيِّ ، والشافعيِّ ، وأبي ثورٍ ، فإنَّ الْحَقَّةَ بِأَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ بِهِ ، وإن نَفَتْهُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ الْآخَرِ ، وَسَوَاءٌ ادَّعَاهُ أَوْ لَمْ يَدَّعِيَاهُ ، أَوْ ادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ ، وإنَّ الْحَقَّةَ الْقَافَةُ بِهِمَا ، لِحَقِّهِمَا وَكَانَ ابْنُهُمَا . وهذا قولُ الأوزاعيِّ ، والثوريِّ ، وأبي ثورٍ . ورواه بعضُ أصحابِ مالِكٍ عنه . وقال مالكٌ : لَا يُرَى وَلَدُ الْحُرَّةِ لِلْقَافَةِ^(٨١) ، بل يكونُ لصاحبِ الْفِرَاشِ الصَّحِيحِ دُونَ الْوَاطِئِ بِشَبْهَةٍ . وقال الشافعيُّ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدٍ ، فَإِنَّ الْحَقَّةَ الْقَافَةَ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدٍ ، كَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ لَا يُوجَدَ قَافَةٌ . ومتى لم يُوجَدَ قَافَةٌ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهَا ، أَوْ اخْتَلَفَ الْقَائِفَانِ فِي نَسَبِهِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَضِيعُ نَسَبُهُ ، وَلَا حُكْمَ

(٨١) في ١ : « القافة » .

لَاخْتِيَارِهِ ، وَيَتَّقَى عَلَى الْجَهَالَةِ أَبَدًا . وَهُوَ قَوْلُ^(٨٢) مَالِكٍ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَتْرُكُ حَتَّى يَلْتَمِعَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْجَدِيدِ ، وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ : يَتْرُكُ حَتَّى يُعَيِّزَ ، وَذَلِكَ لِسَبْعٍ أَوْ ثَمَانٍ ، فَيَنْتَسِبُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِمَا ، إِلَى أَنْ يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، فَيَرْجِعَ الْآخَرُ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ . وَإِذَا ادَّعَى اللَّقِيطَ اثْنَانِ ، أَرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا . وَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ الْمُدَّعَى فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ قَبْلَ أَنْ يُرَى الْقَافَةَ ، وَلَهُ وَلَدٌ ، أَرَى وَلَدَهُ الْقَافَةَ مَعَ الْمُدَّعِينَ . وَلَوْ مَاتَ الرَّجُلَانِ أَرَى الْقَافَةَ مَعَ عَصِيَّتَيْهِمَا . وَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَأَلْحَقْتُهُ الْقَافَةَ بِهِمْ ، لِحَقِّ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يُلْحَقُ بِثَلَاثَةٍ ، وَمُقْتَضَى هَذَا أَنْ^(٨٣) يُلْحَقَ بِهِمْ وَإِنْ كَثُرُوا . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثَةٍ . وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ . وَرَوَى عَنْ أَبِي يُونُسَ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنْ اثْنَيْنِ . وَرَوَى أَيْضًا عَنْ أَبِي يُونُسَ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَشَرِيكٌ ، وَبُحَيِّ بْنُ آدَمَ : لَا حَكْمَ لِلْقَافَةِ ، بَلْ إِذَا سَبَقَ أَحَدُهُمَا بِالْذِّعْوَى^(٨٤) ، فَهُوَ ابْنُهُ . / فَإِنْ ادَّعَاهُ مَعًا ، فَهُوَ ابْنُهُمَا . وَكَذَلِكَ إِنْ كَثُرَ الْوَاطِئُونَ وَادَّعَوْهُ مَعًا ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُمْ جَمِيعًا . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَضَى فِي ذَلِكَ بِالْقُرْعَةِ وَالْيَمِينِ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَإِسْحَاقُ . وَعَنْ أَحْمَدَ نَحْوَهُ إِذَا عُذِمَتِ الْقَافَةُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَكْثَرَ هَذِهِ الْمَسَائِلِ مَشْرُوحَةً مَذْلُولًا عَلَيْهَا فِي مَوَاضِعِهَا ، وَالْغَرَضُ هَهُنَا ذِكْرُ مِيرَاثِ الْمُدَّعَى ، وَالتَّوْرِيثُ مِنْهُ ، وَبَيَانُ مَسَائِلِهِ .

مَسْأَلَةٌ : إِذَا الْحَقُّ بَاثْنَيْنِ ، فَمَاتَ ، وَتَرَكَ أُمَّهُ حُرَّةً ، فَلَهَا الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي لَهَا ، فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ابْنٌ سِوَاهُ ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا ابْنَانِ ، فَلَأُمُّهُ السُّدُسُ . فَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَهُ ابْنٌ آخَرُ ، فَمَالُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَإِنْ مَاتَ الْغُلَامُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَلَأُمُّهُ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِلْبَاقِي مِنْ أَبَوَيْهِ ، وَلَا شَيْءَ لِأَخَوَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا مُحْجُوبَانِ بِالْأَبِ الْبَاقِي . فَإِنْ كَانَ الْغُلَامُ تَرَكَ ابْنًا ، فَلِلْبَاقِي مِنَ الْأَبَوَيْنِ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِابْنِهِ . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ

(٨٢) سقط من : م .

(٨٣) في م : أنه .

(٨٤) في الأصل ، ا : بالذعوة .

أَبَوَيْهِ ، وترك ابناً ، فلهما جميعاً السدسُ ، والباقي لِابْنِهِ . فإن كان لكل واحد منهما أبوان ، ثم ماتا ، ثم مات الغلام وله جَدَّةٌ أُمُّ أُمِّ ابْنٍ ، فَلَأُمُّ أُمِّهِ نِصْفُ السُّدُسِ ، وَلَأُمِّي المُدَّعِيَيْنِ نِصْفُهُ ، كَأَنَّهُمَا جَدَّةٌ وَاحِدَةٌ ، وَلِلجَدَّتَيْنِ السُّدُسُ ، والباقي للابن ، فإن لم يكن ابنٌ ، فَلِلجَدَّتَيْنِ الثُلُثُ ؛ لِأَنَّهُمَا بِمَنْزِلَةِ جَدٍّ وَاحِدٍ ، والباقي للأخوين . وعند أبي حنيفةً ، الباقي كله للجَدَّتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الجَدَّ يُسْقِطُ الإخوةَ . وإن كان المُدَّعِيَانِ أَخَوَيْنِ ، والمُدَّعَى جَارِيَةً ، فماتَا وَخَلَّفَا أَبَاهُمَا ، فلهما من مال كل واحد نِصْفُهُ ، والباقي للأب . فإن مات الأب بعد ذلك فلهما النِصْفُ ؛ لِأَنَّهَا بِنْتُ ابْنٍ . وَحَكَى الخَبَرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ وَزُقَرَ وابْنِ أَبِي زَائِدَةَ^(٨٥) ، أَنَّهَا الثُّلُثَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا بِنْتُ ابْنَتِهِ^(٨٦) فلهما ميراثُ بِنْتِي ابْنٍ ، وإن كان المُدَّعَى ابناً ، فمات أبواهُ ، وَلأَحَدُهُمَا بِنْتُ ، ثم مات أبوهما ، فميراثُهُ بَيْنَ الغلامِ وَالبِنْتِ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وعلى القول الآخر ، عَلَى خَمْسَةٍ ؛ لِأَنَّ الغلامَ يَضْرِبُ / بِنَصِيبِ ابْنَتِي ابْنٍ . وإن كان لكل واحد منهما بِنْتُ ، فَلِلْغُلَامِ مِنْ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلَاثُ ، وله مِنْ مَالِ جَدِّهِ نِصْفُهُ . وعلى القول الآخر ، لَهُ ثُلَاثُ ، وَلَهُمَا سُدُسَاهُ . وإن كان المُدَّعِيَانِ رَجُلًا وَعَمَةً ، والمُدَّعَى جَارِيَةً ، فماتَا ، وَخَلَّفَا أَبَوَيْهِمَا ، ثم مات أبو الأصغر ، فلهما النِصْفُ ، والباقي لِأُمِّي الْعَمِّ ؛ لِأَنَّهُ أَبُوهُ . وإذا مات أبو الْعَمِّ ، فلهما النِصْفُ مِنْ مَالِهِ أَيْضًا . وعلى القول الآخر ، لها الثُّلُثَانِ ؛ لِأَنَّهَا بِنْتُ ابْنٍ وَبِنْتُ ابْنِ ابْنٍ . وإن كان المُدَّعَى رَجُلًا وَابْنَةً ، فمات الابنُ ، فلهما نِصْفُ مَالِهِ . وإذا مات الأب فلهما النِصْفُ أَيْضًا . وعلى القول الآخر لها الثُّلُثَانِ . وقال أبو حنيفةً : إِذَا دَعَا الأبُ وَابْنَهُ ، قَدَّمَ الأبُ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلابْنِ شَيْءٌ . وإن مات الأبُ أَوَّلًا ، فمَالُهُ^(٨٧) بَيْنَ ابْنِهِ وَبَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، ثم تَأْخُذُ نِصْفَ مَالِ الأصغر ، لَكُونِهَا بِنْتُهُ ، وَبَاقِيَهُ لِأَنَّهَا أُخْتُهُ ، وَفِي كُلِّ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ المُدَّعَى ، وَقُفَّ نَصِيبُهُ ، وَدُفِعَ إِلَى كُلِّ وَارِثٍ الْيَقِينُ ، وَوُقِفَ الْبَاقِي حَتَّى يَثْبُتَ نَسَبُهُ أَوْ يَصْطَلِحُوا . فلو كان المُدَّعُونَ ثَلَاثَةً ، فمات أَحَدُهُمْ ، وَتَرَكَ ابْنًا وَأَلْفًا ، ثم مات الثاني ، وَتَرَكَ ابْنًا

١٨٠/٦ و

(٨٥) يحيى بن زكريا بن خالد (أبي زائدة) الهمداني الوادعي مولاها الحنفى ، أفقه أهل الكوفة في زمانه ، توفي سنة

الثنتين ، وقيل : ثلاث ومائتين . الجواهر المضية ٣ / ٥٨٥ ، ٥٨٦ .

(٨٦) في ١ ، م : ابنته .

(٨٧) في م : فما .

وَالْفَيْنِ ، ثُمَّ مَاتَ الثَّالِثُ ، وَتَرَكَ ابْنًا وَعِشْرِينَ أَلْفًا ، ^(٨٨) ثُمَّ مَاتَ الْغُلَامُ ^(٨٨) ، وَتَرَكَ أَرْبَعَةَ
 آلَافٍ ، وَأَمَّا حُرَّةٌ ، وَقَدْ أَحَقَّتْهُ الْقَافَةُ بِهِمْ ، فَقَدْ تَرَكَ خَمْسَةَ عَشَرَ أَلْفًا وَخَمْسُمِائَةَ ،
 فَلَأَمَّهُ سُدُسُهَا ، وَالْبَاقِي بَيْنَ إِخْوَتِهِ الثَّلَاثَةِ أَثْلَاثًا . وَإِنْ كَانَ مَوْتُهُمْ قَبْلَ ثُبُوتِ نَسَبِهِ ، دُفِعَ
 إِلَى الْأُمِّ ^(٨٩) ثُلُثُ تَرْكِهِ ، وَهُوَ أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٌ ؛ لِأَنَّ أَذْنَى الْأَحْوَالِ أَنْ يَكُونَ ابْنُ صَاحِبِ
 الْآلِفِ ، فَيَرِثُ مِنْهُ خَمْسُمِائَةً ، وَقَدْ كَانَ وَقَفَ لَهُ مِنْ مَالٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُدَّعِينَ نِصْفُ
 مَالِهِ ، فَيُرَدُّ إِلَى ابْنِ صَاحِبِ الْآلِفِ ، وَابْنِ صَاحِبِ الْآلِفَيْنِ ، مَا وَقَفَ مِنْ مَالِ أَبِيئِهِمَا ؛
 لِأَنَّهُ إِنْ ^(٩٠) لَمْ يَكُنْ أَخَاهُمَا فَذَلِكَ لَهُمَا مِنْ مَالِ ^(٩٠) أَبِيئِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ أَخَاهُمَا ، / ١٨٠/٦ ظ
 فَهُوَ يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ ، وَأَكْثَرُ مِنْهُ بِإِزْمِهِ مِنْهُ ، وَيُرَدُّ عَلَى ابْنِ الثَّالِثِ تِسْعَةُ آلَافٍ وَثُلُثُ آلِفٍ ،
 وَيَبْقَى ثَلَاثُ آلِفٍ مَوْقُوفَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَخَاهُ ، فَيَكُونُ قَدْ مَاتَ عَنْ
 أَرْبَعَةِ عَشَرَ أَلْفًا ، لِأَنَّهُ ثَلَاثُهَا ، وَيَبْقَى مِنْ مَالِ ابْنِ الْآلِفَيْنِ وَخَمْسُمِائَةٍ مَوْقُوفَةٌ يَدْعِيهَا ابْنُ
 صَاحِبِ الْآلِفِ كُلِّهَا ، وَيَدْعِي مِنْهَا ابْنُ صَاحِبِ الْآلِفَيْنِ ثَلَاثًا ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَوْقُوفًا
 بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْأُمِّ ، وَسُدُسُ الْآلِفِ بَيْنَ الْأُمِّ وَابْنِ صَاحِبِ الْآلِفِ . فَإِنْ ادَّعَى أَخَوَانِ ابْنًا ،
 وَلَهُمَا أَبٌ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، وَخَلَّفَ بَنَاتًا ، ثُمَّ مَاتَ الْآخَرُ قَبْلَ ثُبُوتِ نَسَبِ الْمُدَّعَى ،
 وَقَفَ مِنْ مَالِ الْأَوَّلِ خَمْسَةُ أَتْسَاعِهِ ، مِنْهَا تُسْعَانِ بَيْنَ الْغُلَامِ وَبَيْنَتِ ، وَثَلَاثَةُ أَتْسَاعِ بَيْنَهُ
 وَبَيْنَ الْأَبِ ، وَيُوقَفُ مِنْ مَالِ الثَّانِي خَمْسَةُ أَسْدَاسِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَبِ . فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ
 بَعْدَهُمَا ، وَخَلَّفَ بَنَاتًا ، فَلَهَا نِصْفُ مَالِهِ ، وَنِصْفُ مَا وَرِثَتْهُ عَنْ أَبْنَتَيْهِ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْغُلَامِ
 وَبَيْنَتِ الْإِثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ ابْنَتَيْهِ بَيِّنَيْنِ ، وَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْمَوْقُوفِ الْيَقِينُ ،
 وَيُوقَفُ الْبَاقِي ، فَتَقْدَرُهُ مَرَّةً ابْنُ صَاحِبِ الْبَنَاتِ ، وَمَرَّةً ابْنُ الْآخَرِ ، وَتَنْظَرُ مَالَهُ مِنْ كُلِّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْحَالَيْنِ ، فَتُعْطِيهِ أَقْلَهُمَا ، فَلِلْغُلَامِ فِي حَالِ كُلِّ ^(٩١) الْمَوْقُوفِ مِنْ مَالِ

(٨٨-٨٨) سقط من : م .

(٨٩) في م : د الإمام ، .

(٩٠) سقط من : م .

الثاني ، وَخُمْسُ الْمَوْقُوفِ مِنْ مَالِ الْأَوَّلِ ، وَفِي حَالِ كُلِّ الْمَوْقُوفِ مِنْ مَالِ الْأَوَّلِ ،
وَتُلْتِ الْمَوْقُوفِ مِنَ الثَّانِي ، فَلَهُ أَقْلُهُمَا ، وَلِبْنَتِ الْمَيْتِ الْأَوَّلِ فِي حَالِ النِّصْفِ مِنْ مَالِ
أَيِّهَا ، وَفِي حَالِ السُّدُسِ مِنْ مَالِ عَمِّهَا ، وَلِبْنَتِ الْأَبِ فِي حَالِ نِصْفِ الْمَوْقُوفِ مِنْ مَالِ
الثَّانِي ، وَفِي حَالِ ثَلَاثَةِ أَعْشَارِ^(٩١) مِنْ مَالِ الْأَوَّلِ ، فَتَدْفَعُ إِلَيْهَا أَقْلُهُمَا ، وَيَبْقَى بَاقِي التَّرِكَةِ
مَوْقُوفًا بَيْنَهُمْ حَتَّى يَصْطَلِحُوا عَلَيْهِ . وَمَنْ النَّاسِ مَنْ يُقَسِّمُهُ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الدَّعَاوَى .
وَمَتَى اخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُ التَّرِكَةِ ، وَلَمْ يَصِرْ بَعْضُهَا^(٩٢) قِصَاصًا عَنْ بَعْضٍ ، قُومَتْ ، وَعُمِلَ
فِي قِيَمَتِهَا عَلَى مَا بَيَّنَّا / فِي الدَّرَاهِمِ إِنْ تَرَاضَوْا عَلَى ذَلِكَ ، أَوْ يَبِيعُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِمْ لِيَصِيرَ الْحَقُّ
كُلُّهُ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الصَّلَاحِ لَهُمْ ، وَيُوقَفُ الْفَضْلُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ بَيْنَهُمْ عَلَى
الصُّلْحِ . وَلَوْ ادَّعَى اِثْنَانِ غُلَامًا ، فَالْحَقُّهُ الْقَافَةُ بَهُمَا ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، وَتَرَكَ أَلْفًا وَبَيِّنًا
وَعَمًّا ، ثُمَّ مَاتَ الْآخَرُ ، وَتَرَكَ الْفَيْنِ وَابْنَ ابْنِ ، ثُمَّ مَاتَ الْغُلَامُ ، وَتَرَكَ ثَلَاثَةَ آلَافٍ وَأُمًّا ،
كَانَ لِلْبَيْنِ مِنْ تَرِكَةِ أَيِّهَا ثُلُثُهَا ، وَلِلْغُلَامِ ثُلُثَاهَا ، وَتَرِكَةُ الثَّانِي كُلُّهَا ؛ لِأَنَّهُ ابْنُهُ ، فَهُوَ
أَحَقُّ مِنْ ابْنِ الْإِبْنِ ، ثُمَّ مَاتَ الْغُلَامُ عَنْ خَمْسَةِ آلَافٍ وَتُلْتِ أَلْفٌ ، فَلَهُ ثُلُثُ ذَلِكَ ،
وَلِأَخِيهِ نِصْفُهُ ، وَبَاقِيهِ لِابْنِ الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ أَخِيهِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْعَمِّ . وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ،
فَلِابْنَةِ الْأَوَّلِ ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَيُوقَفُ ثُلُثَاهَا وَجَمِيعُ تَرِكَةِ الثَّانِي . فَإِذَا مَاتَ الْغُلَامُ ،
فَلَهُ مِنْ تَرِكَةِ أَلْفٍ وَتُسَعَا أَلْفٌ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ أَحْوَالِهِ أَنْ يَكُونَ ابْنُ الْأَوَّلِ ، فَيَكُونُ قَدْ
مَاتَ عَنْ ثَلَاثَةِ آلَافٍ وَتُلْتِ أَلْفٌ ، وَيُرَدُّ الْمَوْقُوفُ مِنْ مَالِ أُمِّ الْبَيْنِ عَلَى الْبَيْنِ
وَالْعَمِّ ، فَيَصْطَلِحَانِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لُهُمَا ، إِمَّا عَنْ صَاحِبِهِمَا أَوْ الْغُلَامِ ، وَيُرَدُّ الْمَوْقُوفُ
مِنْ مَالِ الثَّانِي إِلَى ابْنِ ابْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَهُ إِمَّا عَنْ جَدِّهِ ، وَإِمَّا عَنْ عَمِّهِ ، وَتُعْطَى الْأُمُّ مِنْ تَرِكَةِ
الْغُلَامِ أَلْفًا وَتُسَعَى أَلْفٌ ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ مَا هَا ، وَيَبْقَى أَلْفٌ وَسَبْعَةُ أَسْجَاعٍ أَلْفٌ تُدْعَى الْأُمُّ مِنْهَا
أَرْبَعَةُ أَسْجَاعٍ أَلْفٌ ، تَمَامَ ثُلُثِ خَمْسَةِ آلَافٍ ، وَيُدْعَى مِنْهَا ابْنُ الْإِبْنِ أَلْفًا وَتُلْتَا ، تَمَامَ

١٨١/٦ و

(٩١) فِي م : ١٠ أَعْشَارُهُ .

(٩٢) فِي م : ١٠ بَعْضُهُمْ .

ثُلُثِي خَمْسَةِ آلَافٍ ، وَتَدْعِي الْبِنْتُ وَالْعَمُّ جَمِيعَ الْبَاقِي ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَوْقُوفًا بَيْنَهُمْ حَتَّى يَصْطَلِحُوا . وَلَوْ كَانَ الْمَوْلُودُ فِي يَدَيِ امْرَأَتَيْنِ فَادَّعِيَاهُ^(٩٣) مَعًا ، أَرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا ، فَإِنْ أَحَقَّتْهُ بِأَحَدَاهُمَا ، لَحَقَّ بِهَا وَوَرِثُهَا ، وَوَرِثَتُهُ فِي إِحْدَى الرِّوَايَاتِ . وَإِنْ أَحَقَّتْهُ بِهِمَا ، أَوْ نَفَقَتْ عَنْهُمَا ، لَمْ يَلْحَقْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا . وَإِنْ قَامَتْ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، وَلَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، / وَاللُّوْلُوِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ، وَيَرِثَانِهِ مِيرَاثُ أُمٍّ وَاحِدَةٍ ، كَمَا يُلْحَقُ بِرَجُلَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ إِحْدَى الْبَنَتَيْنِ كَاذِبَةٌ يَقِينًا ، فَلَمْ تُسْمَعْ ، كَمَا لَوْ عَلِمَتْ ، وَمِنْ ضَرُورَةِ رَدِّهَا رَدُّهُمَا ؛ لَعَدَمِ الْعِلْمِ بِعَيْنِهَا ، وَلَآنَ هَذَا مُحَالٌ ، فَلَمْ يَثْبُتْ بَيِّنَةٌ وَلَا غَيْرُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْوَلَدُ أَكْبَرَ مِنْهُمَا . وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً مَعَهَا صَبِيٌّ ، ادَّعَاهُ رَجُلَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ يَزْعُمُ أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْهَا ، وَهِيَ زَوْجَتُهُ ، فَكَذَّبَتْهُمَا ، لَمْ يَلْحَقْهُمَا ، وَإِنْ صَدَّقَتْ أَحَدَهُمَا ، لَحَقَّه ، كَمَا لَوْ كَانَ بِالْجَا ، فَادَّعِيَاهُ ، فَصَدَّقَ أَحَدَهُمَا . وَلَوْ أَنَّ صَبِيًّا مَعَ امْرَأَةٍ ، فَقَالَ زَوْجُهَا : هُوَ ابْنِي مِنْ غَيْرِكَ . فَقَالَتْ : بَلْ هُوَ ابْنِي مِنْكَ . لَحَقَّهُمَا جَمِيعًا .

١٨١/٦ ط

(٩٣) في ١ : « فادعته » .

كتاب الولاء

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾^(١). يعنى الأذعياء. وقال النبي ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»^(٢). وقال سعيد: حدثنا سُفْيَانُ، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، قال: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ، وَعَنْ هَيْبَتِهِ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(٣). وقال النبي ﷺ: «لَعَنَ اللَّهُ مَنْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ»^(٤). قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح. وقال ﷺ: «مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ»^(٥). حديث صحيح. وروى الحلال، بإسناده عن إسماعيل بن أبى خالد، عن عبد الله ابن

(١) سورة الأحزاب ٥.

(٢) تقدم تخريجه في: ٣٥٩ / ٨.

(٣) أخرجه البخارى، في: باب بيع الولاء وهبته، من كتاب العتق، وفي: باب إثم من تبرأ من مواليه، من كتاب الفرائض. صحيح البخارى ٣ / ١٩٢، ٨ / ١٩٢. ومسلم، في: باب النهى عن بيع الولاء وهبته، من كتاب العتق. صحيح مسلم ٢ / ١١٤٥.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في بيع الولاء، من كتاب الفرائض. سنن أبى داود ٢ / ١١٥. والترمذى، في: باب ما جاء في كراهية بيع الولاء وهبته، من أبواب البيوع، وفي: باب ما جاء في النهى عن بيع الولاء وهبته، من أبواب الولاء. عارضة الأحوذى ٥ / ٢٤٥، ٨ / ٢٨٤، ٢٨٥. والنسائى، في: باب بيع الولاء، من كتاب البيوع. المجتبى ٧ / ٢٦٩. وابن ماجه، في: باب النهى عن بيع الولاء وعن هبته، من كتاب الفرائض ٢ / ٩١٨. والدارمى، في: باب في النهى عن بيع الولاء، من كتاب البيوع، وفي: باب بيع الولاء، من كتاب الفرائض. سنن الدارمى ٢ / ٢٥٦، ٣٩٨. والموطأ، في: باب مصير الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق. الموطأ ٢ / ٧٨٢. والإمام أحمد، في: المسند ٢ / ٧٩.

(٤) تقدم تخريجه في: ٣١٧ / ٧.

(٥) تقدم في: ٤ / ١١٠. ويضاف إليه للفظ الحديث هنا: وأخرجه البخارى، في: باب مولى القوم من أنفسهم ...، من كتاب الفرائض. صحيح البخارى ٨ / ١٩٣. والدارمى، في: باب في مولى القوم ...، من كتاب السير. سنن الدارمى ٢ / ٢٤٤. والإمام أحمد، في: المسند ٣ / ٤٤٨، ٤ / ٣٤٠.

أَبَى أَوْفَى . قَالَ : قَالَ لِي ^(٦) النَّبِيُّ ﷺ : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ ، لَا يُبَاغُ وَلَا يُوهَبُ » ^(٧) .

١٠٥٠ - مسألة ؛ قَالَ : (وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ، وَإِنْ اِخْتَلَفَ دِينَاهُمَا)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، أَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَعْتِقْهُ سَائِبَةً ^(١) ، أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءَ . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : / « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٢) . وَأَجْمَعُوا أَيْضًا عَلَى أَنَّ السَّيِّدَ يَرِثُ عَتِيقَهُ إِذَا مَاتَ جَمِيعَ مَالِهِ ، إِذَا اتَّفَقَ دِينَاهُمَا ، وَلَمْ يَخْلُفْ وَارِثًا سِوَاهُ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ » ^(٣) . وَالنَّسَبُ يُورَثُ بِهِ ، وَلَا يُورَثُ ، كَذَلِكَ الْوَلَاءُ . وَرَوَى سَعِيدٌ ^(٤) ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زِيَادٍ ، حَدَّثَنَا شُعْبَةُ ، عَنْ الْحَكَمِ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شَدَّادٍ ، قَالَ : كَانَ لِبْنْتِ حَمْزَةَ مَوْلَى أَعْتَقْتَهُ ، فَمَاتَ ، وَتَرَكَ ابْنَتَهُ وَمَوْلَاتِهِ ، فَأَعْطَى النَّبِيُّ ﷺ ابْنَتَهُ النِّصْفَ ، وَأَعْطَى مَوْلَاتِهِ بَنْتَ حَمْزَةَ النِّصْفَ . قَالَ ^(٥) : وَحَدَّثَنَا خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ يُوسُفَ ، عَنْ الْحَسَنِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْمِيرَاثُ لِلْعَصَبَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ^(٦) عَصَبَةٌ ، فَلِلْمَوْلَى » ^(٧) . وَعَنْهُ ، أَنَّ رَجُلًا

(٦) سقط من : ١ .

(٧) أخرجه الدارمي ، في : باب بيع الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٩٨ . عن ابن مسعود . والبيهقي ، في : باب من أعتق مملوكا ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ٢ / ٢٩٢ . والحاكم ، في : باب الولاء لحمه كلحمة النسب ، من كتاب الفرائض . المستدرک ٤ / ٣٤١ كلاهما عن ابن عمر . وعزاه صاحب الكنز إلى الطبرانی في الكبير ١٠ / ٣٢٤ عن عبد الله ابن أبي أوفى .

(١) في الأصل : « سائبه » . ويأتى على الصواب في أول المسألة التالية .

(٢) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(٣) تقدم تخريجه في الصفحة نفسها حاشية ٧ .

(٤) في : باب ميراث المولى مع الورثة ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٧٢ ، ٧٣ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ميراث الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٣ . والدارمي ، في : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٧٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٤٠٥ .

(٥) في : باب النهي عن بيع الولاء وهبته ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٩٥ .

(٦-٦) في السنن : « عصبه فالولاء » .

أَعْتَقَ عَبْدًا ، فَقَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : مَا تَرَى فِي مَالِهِ ؟ قَالَ : « إِنْ مَاتَ ، وَلَمْ يَدَعْ وَارثًا ^(٧) ، فَهُوَ لَكَ » ^(٨) .

فصل : وَيُقَدَّمُ الْمَوْلَى فِي الْمِيرَاثِ عَلَى الرَّدِّ وَذَوِي الْأَرْحَامِ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ وَمَنْ بَعْدَهُمْ ، فَإِذَا مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ بِنْتُهُ وَمَوْلَاهُ ، فَلِبِنْتِهِ النِّصْفُ ، وَالباقى لِمَوْلَاهُ . وَإِنْ خَلَفَ ذَا رَحِمٍ وَمَوْلَاهُ ، فَالْمَالُ لِمَوْلَاهُ دُونَ ذِي ^(٩) رَحِمِهِ . وَعَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ تَقْدِيمُ ^(١٠) الرَّدِّ عَلَى الْمَوْلَى . وَعَنْهُمَا وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ تَقْدِيمُ ذَوِي ^(١١) الْأَرْحَامِ عَلَى الْمَوْلَى . وَلَعَلَّهُمْ يَحْتَجُّونَ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ^(١٢) . وَلَنَا ، حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شَدَّادٍ ، وَحَدِيثُ الْحَسَنِ ، وَلَأَنَّهُ عَصَبَةٌ يَعْقِلُ عَنْ مَوْلَاهُ ، فَيُقَدَّمُ عَلَى الرَّدِّ وَذِي الرَّحِمِ ، كَابْنِ الْعَمِّ .

فصل : وَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِنْ نَسَبِهِ ، أَوْ ذَوُو فَرْضٍ تَسْتَعْرِقُ فُرُوضَهُمُ الْمَالَ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْلَى . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْحَدِيثِ ، وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَقُّوْا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا أَبْقِيَ الْفُرُوضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرَ » ^(١٣) . وَفِي لَفْظٍ : ١٨٢/٦ ط « فَلِأَوْلَى ^(١٤) / عَصَبَةٍ ذَكَرَ » ^(١٥) . وَالْعَصَبَةُ مِنَ الْقَرَابَةِ أَوْلَى مِنْ ذِي الْوَلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ مُشَبَّهٌ بِالْقَرَابَةِ ، وَالْمُشَبَّهُ بِهِ أَقْوَى مِنَ الْمُشَبَّهِ ، وَلِأَنَّ النَّسَبَ أَقْوَى مِنَ الْوَلَاءِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ وَالتَّفَقُّةُ وَسُقُوطُ الْقِصَاصِ وَرَدُّ الشَّهَادَةِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِالْوَلَاءِ .

(٧) فِي م : « إِرْنَا » .

(٨) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ مَنْ لَا وَاثَرُ لَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٢ / ٩١٥ . بِنَحْوِهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَابْنِ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ الْوَلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ٢٤٠ « عَنْ الْحَسَنِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ ، أ : « ذَوَى » .

(١٠) فِي أ ، م : « يَقْدَمُ » .

(١١) فِي م : « ذَى » .

(١٢) سُورَةُ الْأَنْفَالِ ٧٥ .

(١٣) تَقْدِيمُ تَحْرِيمِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٠ .

(١٤) فِي م : « فَلِأَوْلَى » .

فصل : وإن اختلفَ دينُ السيّد وعتيقه ، فالولاءُ ثابتٌ . لانعلمُ فيه خلافاً ؛ لعمومِ قولِ النبي ﷺ : « الولاءُ لمن أعنق » ^(١٥) . ولقوله : « الولاءُ لحمةٌ كلحمَةٍ النسبِ » ^(١٦) . ولحمَةُ النسبِ تثبُتُ مع اختلافِ الدين ، وكذلك الولاءُ ، ولأنَّ الولاءَ إنما يثبتُ له عليه لإنعامه بإعتاقه ، وهذا المعنى ثابتٌ مع اختلافِ دينيهما ، ويثبتُ الولاءُ للذكرِ على الأنثى ، والأنثى على الذكرِ ، ولكلُّ مُعتِقٍ ، لعمومِ الخبرِ والمعنى ، ولحديثِ عبد الله بن شدّادٍ . وهل يرثُ السيّدُ مَوْلَاهُ مع اختلافِ الدين ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، يرثُهُ . رَوَى ذلك عن عليٍّ ، وعمر بن عبد العزيز . وبه قال أهل الظاهر . واحتجَّ أحمدُ بقولِ عليٍّ : الولاءُ شُعْبَةٌ مِنَ الرِّقِّ . وقال مالكٌ : يرثُ المسلمُ مَوْلَاهُ النصرانيَّ ؛ لأنَّه يصلحُ له تملكُهُ ^(١٧) ، ولا يرثُ النصرانيُّ مَوْلَاهُ المسلمَ ؛ لأنَّه لا يصلحُ له تملكُهُ . وجهُورُ الفقهاءِ ^(١٨) على أنَّه لا يرثُهُ مع اختلافِ دينيهما ؛ لقولِ النبي ﷺ : « لا يرثُ المسلمُ الكافرُ ولا الكافرُ المسلمَ » ^(١٩) . ولأنَّه ميراثٌ ، فيمنعُه اختلافُ الدينِ ، كميّراتِ النسبِ ، ولأنَّ اختلافَ الدينِ مانعٌ من الميراثِ ، فمَنعَ الميراثُ بالولاءِ ، كالقتلِ والرِّقِّ ، يُحقِّقُه أنَّ الميراثَ بالنسبِ أقوى ، فإذا مَنَعَ الأقوى فالأضعفُ أولى ، ولأنَّ النبي ﷺ ألحقَ الولاءَ بالنسبِ ، بقوله : « الولاءُ لحمةٌ كلحمَةٍ النسبِ » . وكأيمنُ اختلافُ الدينِ التوارثُ مع صحّةِ النسبِ وثبوته ، كذلك يَمَنعُه مع صحّةِ الولاءِ وثبوته ، فإذا اجتمعَا / على الإسلامِ ، توارثَا كالمتناسبتين ، وهذا أصحُّ في الأثرِ والنظرِ ، إن شاء الله تعالى ، فإن كان للسيّد عَصَبَةٌ على دينِ العبدِ ، ورثَهُ دونَ سيّده . وقال داودُ : لا يرثُ عَصَبَتُهُ مع حياتِهِ . ولنا ، أنَّه بمنزلةِ ما لو كان الأقربُ من العَصَبَةِ مُخالفًا لدينِ المَيِّتِ والأبعدُ على دينِهِ ، ورثَ دونَ القريبِ .

(١٥) تقدم تخريجه في ٨ / ٣٥٩ .

(١٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

(١٧) في الأصل ، ١ : « ملكه » .

(١٨) في م : « العلماء » .

(١٩) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥ .

فصل : وإن أُعْتِقَ حَرَبِيٌّ حَرَبِيًّا ، فله عليه الولاء ؛ لأنَّ الولاءَ مُشَبَّهٌ بِالنَّسَبِ ، والنَّسَبُ ثَابِتٌ بَيْنَ أَهْلِ الْحَرْبِ ، فكذلكَ الْوَلَاءُ . وهذا قولُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَهْلَ الْعِرَاقِ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : الْعِتْقُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَالْكِتَابَةِ وَالتَّذْيِيرُ لَا يَصِحُّ ، وَلَوْ اسْتَوْلَدَ أَمَتُهُ ، لَمْ تُصْرَأْ أُمَّ وَلَدٍ ، مُسْلِمًا كَانَ السَّيِّدُ أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ حَرَبِيًّا . وَلَنَا ، أَنَّ مِلْكَهُمْ ثَابِتٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَوْزَنْتُكُمْ أَرْضَهُمْ وَأَنْعْتُهُمْ ﴾ ^(٢٠) فَنَسَبَهَا إِلَيْهِمْ ، فَصَحَّ عِتْقُهُمْ كَأَهْلِ الْإِسْلَامِ ، وَإِذَا صَحَّ عِتْقُهُمْ ثَبَتَ الْوَلَاءُ لَهُمْ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » . فَإِنْ جَاءَنَا الْمُعْتَقُ مُسْلِمًا ، فَالْوَلَاءُ بِحَالِهِ . فَإِنْ سُبِيَ مَوْلَى النِّعْمَةِ ، لَمْ يَرِثْ مَا دَامَ عَبْدًا ، فَإِنْ أُعْتِقَ ، فَعَلِيهِ الْوَلَاءُ لِمُعْتِقِهِ ، وَلَهُ الْوَلَاءُ عَلَى مُعْتِقِهِ . وَهَلْ يَثْبُتُ لِمُعْتِقِ السَّيِّدِ وَلَا عَلَى مُعْتِقِهِ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّهُ مَوْلَى مَوْلَاهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّهُ مَا حَصَلَ مِنْهُ إِنْعَامٌ عَلَيْهِ وَلَا سَبَبٌ لَذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مَوْلَاهُ فَأَعْتَقَهُ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْلَى صَاحِبِهِ يَرِثُهُ بِالْوَلَاءِ . وَإِنْ أَسْرَهُ مَوْلَاهُ فَأَعْتَقَهُ ، فَكَذَلِكَ . وَإِنْ أَسْرَهُ مَوْلَاهُ وَأَجْنَبِيٌّ فَأَعْتَقَاهُ ، فَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ الْمُعْتَقُ الْأَوَّلُ ، فَلِشَرِيكَهِ نِصْفُ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْلَى نِصْفِ مَوْلَاهُ عَلَى أَحَدِ الْإِحْتِمَالَيْنِ . وَالْآخَرُ لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْعَمْ عَلَيْهِ . وَإِنْ سُبِيَ الْمُعْتَقُ فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ ، فَأَعْتَقَهُ ، بَطَلَ وَلَاءُ الْأَوَّلِ وَصَارَ الْوَلَاءُ لِلثَّانِي . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقِيلَ : الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا . واختاره ابنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . وَقِيلَ : الْوَلَاءُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ . وَلَنَا ، أَنَّ السَّبِيَّ يَبْطُلُ مِلْكُ الْأَوَّلِ الْحَرَبِيِّ ، فَالْوَلَاءُ التَّابِعُ لَهُ أَوْلَى ، وَلَئِنْ الْوَلَاءُ بَطَلَ بِاسْتِرْقَاقِهِ ، فَلَمْ يَعُدْ بِإِعْتَاقِهِ . وَإِنْ أُعْتِقَ ذِمِّيٌّ عَبْدًا كَافِرًا ، فَهَرَبَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ فَاسْتَرْقَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيْمَا إِذَا أُعْتَقَهُ الْحَرَبِيُّ سَوَاءً . وَإِنْ أُعْتِقَ مُسْلِمٌ كَافِرًا ، فَهَرَبَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، ثُمَّ سَبَّاهُ الْمُسْلِمُونَ ، فَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ فِي اسْتِرْقَاقِهِ إِبْطَالَ وَلَاءِ الْمُسْلِمِ الْمَعْصُومِ . قَالَ ابْنُ

(٢٠) سورة الأحزاب ٢٧ .

اللَّبَّانِ : وَلَئِنْ لَهُ أَمَانًا يَعْتَقِ الْمُسْلِمَ إِلَيَّاهُ . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، جَوَّازُ اسْتِزْقَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ ، كِتَابِيٌّ ، فَجَازَ اسْتِزْقَاقُهُ كَمُعْتَقِ الْحَرْبِيِّ ، وَكَغَيْرِ الْمُعْتَقِ . وَقَوْلُهُمْ : فِي اسْتِزْقَاقِهِ إِبْطَالُ وَلَاءِ الْمُسْلِمِ . قُلْنَا : لَا تُسَلِّمُ ، بَلْ مَتَى أُعْتِقَ عَادَ الْوَلَاءُ لِلأَوَّلِ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ عَمَلُهُ فِي حَالِ رِقَّةٍ لِمَانِعٍ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ وَلَائِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي قَتْلِهِ ، وَقَدْ جَازَ إِبْطَالُ وَلَائِهِ بِالْقَتْلِ ، فَكَذَلِكَ بِالْاسْتِزْقَاقِ ، وَلَئِنْ الْقَرَابَةُ يَبْطُلُ عَمَلُهَا بِالْاسْتِزْقَاقِ ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ . وَقَوْلُ ابْنِ اللَّبَّانِ : لَهُ أَمَانٌ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ ^(٢١) لَوْ كَانَ لَهُ أَمَانٌ ^(٢٢) ، لَمْ يَجُزْ قَتْلُهُ وَلَا سَبْيُهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ اسْتَرْقِيَ ثُمَّ أُعْتِقَ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَيْنِ إِذَا تَنَافَيَا كَانَ الثَّابِتُ هُوَ الْآخِرُ مِنْهُمَا ، كَالثَّاسِيَةِ وَالْمَنْسُوخِ . وَاخْتَمَلَ أَنَّهُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ وَلَاءَهُ ثَبَتَ وَهُوَ مَعْصُومٌ ، فَلَا يَزُولُ بِالْاسْتِزْقَاقِ ، كَحَقِيقَةِ الْمَلِكِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَيْنَهُمَا ، وَأَيُّهُمَا مَاتَ كَانَ لِلثَّانِي . وَإِنْ أُعْتِقَ مُسْلِمٌ مُسْلِمًا ، أَوْ أَعْتَقَهُ ذِمِّيٌّ ، فَارْتَدَّ وَلَجَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ ، فَسَبْيُ ، لَمْ يَجُزْ اسْتِزْقَاقُهُ . وَإِنْ اشْتَرَى فَالْشُّرَاءُ بَاطِلٌ ، وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا التَّوْبَةُ أَوْ الْقَتْلُ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْوَلَاءِ وَلَا هِبَتُهُ ، وَلَا أَنْ يَأْذَنَ لِمَوْلَاهُ فَيُؤَالِيَ مَنْ شَاءَ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَطَاوُسٌ ، وَإِيَّاسُ بْنُ مَعَاوِيَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ . وَكَرِهَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ / بَيْعَ الْوَلَاءِ . قَالَ سَعِيدٌ ^(٢٣) : حَدَّثَنَا جَرِيرٌ ، عَنْ مُغِيرَةَ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، قَالَ : قَالَ عَبْدُ اللَّهِ : إِنَّمَا الْوَلَاءُ كَالنَّسَبِ فَيَبِيعُ ^(٢٤) الرَّجُلُ نَسَبَهُ ! . وَقَالَ ^(٢٣) : حَدَّثَنَا سَفِيَّانُ ، عَنْ عُمَرُو بْنِ دِينَارٍ ، أَنَّ مِمْوَنَةَ وَهَبَتْ وَلَاءَ سَلِيمَانَ بْنِ يَسَارٍ لِابْنِ عَبَّاسٍ ، وَكَانَ مُكَاتَّبًا . وَرُويَ أَنَّ مِمْوَنَةَ وَهَبَتْ وَلَاءَ مَوَالِيهَا

(٢١) في ١ : « لَأَنَّهُ » .

(٢٢) في م : « أَنْ » .

(٢٣) في : باب النهي عن بيع الولاء وهبته . سنن سعيد بن منصور ١ / ٩٥ .

(٢٤) في م : « أَفْبِيعُ » .

للعباس . ولولاهم اليوم لهم . وأن عُرْوَةَ ابْنِ عَمٍّ وَلَاءَ طَهْمَانَ لَوْرَثَةِ مُصَنَّبِ بْنِ الزُّبَيْرِ . وقال ابنُ جُرَيْجٍ : قلتُ لعطاءٍ : أَذِنْتُ لِمَوْلَايَ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ فَيَجُوزُ ؟ قال : نَعَمْ . ولَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ عَنْ هَيْبَةَ^(٢٥) . وقال : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّ لُحْمَةٍ النَّسَبِ »^(٢٦) . وقال : « لَعَنَ اللَّهُ مَنْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ »^(٢٥) . ولأنَّه مَعْنَى يُورَثُ بِهِ فَلَا يَنْتَقِلُ كَالْقَرَابَةِ . وَفَعَلَ هَؤُلَاءِ شَاذٌ يَخَالِفُ قَوْلَ الْجُمْهُورِ ، وَتَرَدُّهُ السُّنَّةُ ، فَلَا يُعْوَلُ عَلَيْهِ .

فصل : ولا يَنْتَقِلُ الْوَلَاءُ عَنِ الْمُعْتَقِ بِمَوْتِهِ ، وَلَا يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ ، وَإِنَّمَا يَرِثُونَ الْمَالَ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ لِلْمُعْتَقِ . هذا قولُ الجمهورِ . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَأَبِي بَنْدَةَ ، وَابْنِ عَمْرٍ ، وَأَبِي مَسْعُودٍ الْبَذَرِيِّ ، وَأُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَسَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَالْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَأَبُو الزِّنَادِ ، وَابْنُ قُسَيْطٍ^(٢٧) ، وَمَالِكُ وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَدَاوُدُ . وَشَذَّ شُرَيْحٌ ، وَقَالَ : الْوَلَاءُ كَالْمَالِ ، يُورَثُ عَنِ الْمُعْتَقِ ، فَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا حَيَاتِهِ فَهُوَ لَوْرَثَتِهِ . وَرَوَاهُ حَنْبَلٌ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ ، عَنْ أَحْمَدَ . وَغَلَطَهُمَا أَبُو بَكْرٍ ، وَهُوَ كَمَا قَالَ ؛ فَإِنَّ رِوَايَةَ الْجَمَاعَةِ عَنْ أَحْمَدَ مِثْلُ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ ، وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ »^(٢٨) . وَقَوْلُهُ : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّ لُحْمَةٍ النَّسَبِ » . وَالنَّسَبُ لَا يُورَثُ ، وَإِنَّمَا يُورَثُ بِهِ ، وَلأنَّه مَعْنَى يُورَثُ بِهِ ، فَلَا يَنْتَقِلُ ، كَسَائِرِ الْأَسْبَابِ^(٢٩) ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

(٢٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٤ .

(٢٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

(٢٧) في النسخ : « نشيط » تحريف .

وهو يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي المدني الأعرج التابعي ، ثقة ، توفي سنة اثنتين وعشرين ومائة ، وبلغ تسعين سنة . تهذيب التهذيب ١ / ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

(٢٨) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(٢٩) في ١ : « الأنساب » .

١٠٥١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَعْتَقَ سَائِبَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْوَلَاءُ ، فَإِنْ أَحَدَ مِنْ / ١٨٤/٦ ظ) مِيرَاثِهِ شَيْئًا ، رَدَّهُ فِي مِثْلِهِ)

قال أحمد ، في رواية عبد الله : الرجل يُعْتَقُ عَبْدَهُ سَائِبَةً ، هو الرجل يقول لِعَبْدِهِ : قد أَعْتَقْتُكَ سَائِبَةً . كَأَنَّهُ يَجْعَلُهُ لِلَّهِ ، لا^(١) يكونَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَاهُ ، قد جَعَلَهُ لِلَّهِ وَسَلَّمَهُ . عن^(٢) أبي عمرو الشَّيْبَانِيِّ ، عن عبد الله بن مسعود : السَّائِبَةُ يُضَعُّ مَالَهُ حَيْثُ شَاءَ . وقال أحمد ، قال عمرُ : السَّائِبَةُ وَالصَّدَقَةُ لِيَوْمِهَا . ومتى قال الرجل لِعَبْدِهِ : أَعْتَقْتُكَ سَائِبَةً ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ وَلَا وَلَاً لِي عَلَيْكَ . لم يَكُنْ لَهُ^(٣) عَلَيْهِ وَلَاؤٌ . فَإِنْ مَاتَ ، وَخَلَفَ مَالًا ، وَلَمْ يَدْعُ وَارِثًا ، اشْتَرَى بِمَالِهِ رِقَابًا ، فَأَعْتَقُوا . فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ . وَأَعْتَقَ ابْنُ عَمْرٍو عَبْدًا سَائِبَةً ، فَمَاتَ ، فَاشْتَرَى ابْنُ عَمْرٍو بِمَالِهِ رِقَابًا فَأَعْتَقَهُمْ . وقال عمرُ بن عبد العزيز ، والزُّهْرِيُّ ، وَمَكْحُولٌ ، وَأَبُو الْعَالِيَةِ ، وَمَالِكٌ : يُجْعَلُ وَلَاؤُهُ لِمَجَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ . وَعَنْ عَطَاءٍ^(٤) أَنَّهُ قَالَ : كُنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ سَائِبَةٌ . فَهُوَ يُؤَالِي مَنْ شَاءَ . وَلَعَلَّ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، ذَهَبَ إِلَى شِرَاءِ الرِّقَابِ اسْتِحْبَابًا لِفِعْلِ ابْنِ عَمْرٍو . وَ[الرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ]^(٥) : الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ . وَهَذَا قَوْلُ النَّحْجِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَرَاشِدِ بْنِ سَعْدٍ^(٦) ، وَضَمْرَةَ بْنِ حَبِيبٍ^(٧) ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٨) . وَجَعَلَهُ لُحْمَةً كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ^(٩) . فَكَمَا لَا يَزُولُ نَسَبُ إِنْسَانٍ وَلَا وَلَدٌ عَنْ فِرَاشٍ بِشَرِّطٍ ، لَا يَزُولُ وَلَاؤُ عَنْ مُعْتَقٍ ، وَلِذَلِكَ لَمَّا أَرَادَ أَهْلُ بَرِيرَةَ اشْتِرَاطَ وَلَايَهَا عَلَى عَائِشَةَ ، قَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ : « اشْتَرِيهَا ، وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٨) . يَعْنِي أَنَّ اشْتِرَاطَهُمْ

(١) في م : « ولا » .

(٢) في م : « قال » .

(٣) سقط من م :

(٤) في م زيادة لفظ الجلالة .

(٥) تكملة من الشرح الكبير ١٢٥/٤ .

(٦) هو المقراني . تقدم في صفحة ١٧١ .

(٧) ضمرة بن حبيب بن صهيب الزبيدي الحمصي التابعي ، مؤذن المسجد الجامع بدمشق ، ثقة ، توفي سنة ثلاثين

ومائة . تهذيب التهذيب ٤/٤٥٩ ، ٤٦٠ .

(٨) تقدم تخريجه في : ٣٥٩/٨ .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

تَحْوِيلَ الْوَلَاءِ عَنِ الْمُعْتِقِ لَا يُفِيدُ شَيْئًا ، وَلَا يُزِيلُ الْوَلَاءَ عَنِ الْمُعْتِقِ ، وَرَوَى مُسْلِمٌ ^(٩) ،
 بِإِسْنَادِهِ عَنْ هُزَيْلِ بْنِ شُرْحَبِيلٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ ، فَقَالَ : إِنِّي أَعْتَقْتُ عَبْدًا
 لِي ، وَجَعَلْتُهُ سَائِبَةً ، فَمَاتَ ، وَتَرَكَ مَالًا ، وَلَمْ يَدَعْ وَارِثًا ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ : إِنَّ أَهْلَ الْإِسْلَامِ
 لَا يُسَيِّبُونَ ، وَإِنَّ أَهْلَ الْجَاهِلِيَّةِ كَانُوا يُسَيِّبُونَ ، وَأَنْتَ وَلِيُّ نِعْمَتِهِ ، فَإِنْ تَأَثَّمْتَ وَتَحَرَّجْتَ
 ١٨٥/٦ مِنْ شَيْءٍ فَنَحْنُ نَقْبَلُهُ / ، وَنَجْعَلُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَقَالَ سَعِيدٌ ^(١٠) : ثَنَا هُشَيْمٌ ، ثَنَا بَشَرٌ ،
 عَنْ عَطَاءٍ ، أَنَّ طَارِقَ بْنَ الْمُرْقِعِ أَعْتَقَ سَوَائِبَ ، فَمَاتُوا ، فَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ،
 فَكَتَبَ عُمَرُ ، أَنْ أَذْفَعَ مَالَ الرَّجُلِ إِلَى مَوْلَاهُ ، فَإِنْ قَبِلَهُ ، وَإِلَّا فَاشْتَرِ بِهِ رِقَابًا فَأَعْتِقْهُمْ
 عَنْهُ . وَقَالَ ^(١١) : ثَنَا هُشَيْمٌ عَنْ مَنْصُورٍ ، أَنَّ عُمَرَ وَابْنَ مَسْعُودٍ قَالَا فِي مِيرَاثِ السَّائِبَةِ :
 هُوَ لِلَّذِي أَعْتَقَهُ . وَهَذَا الْقَوْلُ أَصَحُّ فِي الْأَثَرِ وَالنَّظَرِ ، وَفِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي جَعَلَ الصَّحَابَةُ
 مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ أَوْ فِي مِثْلِهِ ، كَانَ لِتَبَرُّعِ الْمُعْتِقِ وَتَوَرُّعِهِ عَنْ مِيرَاثِهِ ، كِفَعْلِ ابْنِ عُمَرَ فِي
 مِيرَاثِ مُعْتَقِهِ ، وَفِعْلِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ فِي مِيرَاثِ الذِّي تَوَرَّعَ سَيِّدُهُ عَنْ أَخْذِ مَالِهِ ، وَقَدْ
 رَوَى أَنَّ سَالِمًا مَوْلَى أَبِي حَذَيْفَةَ أَعْتَقَتْهُ لُبْنَى بِنْتُ يُعَارِ سَائِبَةً ، فَقُتِلَ وَتَرَكَ ابْنَةً ، فَأَعْطَاهَا
 عُمَرُ نِصْفَ مَالِهِ ، وَجَعَلَ النِّصْفَ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ، إِنْ
 خَلَفَ السَّائِبَةُ مَالًا ، اشْتَرَى بِهِ رِقَابًا فَأَعْتَقُوا ، فَإِنْ رَجَعَ مِنْ مِيرَاثِهِمْ شَيْءٌ ، اشْتَرَى بِهِ
 أَيْضًا رِقَابًا فَأَعْتَقُوا . وَإِنْ خَلَفَ السَّائِبَةُ ذَا فَرَضٍ لَا يَسْتَعْرِقُ مَالَهُ ، أَخَذَ فَرَضَهُ ، وَاشْتَرَى
 بِبَاقِيهِ رِقَابًا فَأَعْتَقُوا ، وَلَا يُرَدُّ عَلَى ذِي الْفَرَضِ .

(٩) لم نجده عند مسلم ، وأخرجه البخاري ، في : باب ميراث السائبة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري
 ٨ / ١٩٢ . مختصرًا . والبيهقي ، في : باب من أعتق عبدًا له سائبة ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى
 ١٠ / ٣٠٠ . وأشار إلى أن البخاري رواه مختصرًا في صحيحه . وعبد الرزاق ، في : باب ميراث السائبة ، من كتاب
 الولاء . المصنف ٩ / ٢٥ ، ٢٦ . وانظر تحفة الأشراف ٧ / ١٥٤ . فقد عزاه إلى البخاري فحسب .

(١٠) في : باب ميراث السائبة ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٨٣ .
 كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أعتق عبدًا له سائبة ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ١٠ / ٣٠٠ ، ٣٠١ .
 (١١) في : الباب السابق ، الموضوع السابق .

فصل : وإن أعتق عبداً عن كفارته أو نذره أو من زكاته ، فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته : إن وريث منه شيئاً جعله في مثله . قال : وهذا قول الحسن . وبه قال إسحاق . وعلى قياس ذلك العتق من الكفارة والنذر ؛ لأنه واجب عليه . وقد روى عن أحمد ، أنه قال في الذي يعتق في الزكاة : ولأوه للذي جرى عتقه على يديه . وقال مالك ، والعتبري : ولأوه لسائر المسلمين ، ويجعل في بيت المال . وقال أبو عبيد : ولأوه لصاحب الصدقة . وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة ؛ لقول النبي ﷺ : « الولاء لمن أعتق » . ولأن عائشة ، رضي الله عنها ، اشترت بريرة بشرط العتق / ، فأعتقتها ، فكان ولأوها لها . وشرط العتق يوجب^(١٣) ، ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فأعتق . ولنا ، أن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله ، فلم يكن له الولاء ، كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها وأعتق ، وكما لو دفع إلى المكاتب مالا ، فأداه في كتابته ، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله ، والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه ، فأشبه العتق من الزكاة . وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة . وعلل بعضهم المنع من ذلك ، بأنه يجزئ الولاء إلى نفسه فينتفع بزكاته . وهذا قول لأحمد ، رواه عنه جماعة . وهو قول النحوي ، والشافعي .

١٠٥٢ - مسألة ؛ قال : (ومن ملك ذا رحم محرّم عتق^(١) عليه ، وكان له ولأوه)

ذو الرّحم المحرّم: القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة. وهم الوالدان وإن علوا من قبل الأب والأم جميعاً، والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات، والإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا، والأعمام والعَمَّات والأخوال والخالات

(١٣) في م : « يوجب » .

(١) في م : « فأعتق » .

دون أولادهم ، فمتى مَلَكَ أَحَدًا مِنْهُمْ عَتَقَ عَلَيْهِ . رُويَ ذَلِكَ ^(٢) عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ
 مسعودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَكَمُ ،
 وَحَمَّادٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ،
 وَشَرِيكٌ ، وَيَحْيَى بْنُ آدَمَ . وَأَعْتَقَ مَالِكُ الْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ وَإِنْ بَعْدُوا ، وَالْإِخْوَةَ
 وَالْأَخَوَاتِ دُونَ أَوْلَادِهِمْ . وَلَمْ يُعْتِقِ الشَّافِعِيُّ إِلَّا عَمُودَى النَّسَبِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ
 كَذَلِكَ ، ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ ، وَلَمْ يُعْتِقِ [دَاوُدُ] وَأَهْلُ الظَّاهِرِ أَحَدًا حَتَّى يَغْتَقَهُ ؛ لِقَوْلِ
 النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ شَيْئًا ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ ، فَيَغْتَقَهُ » .
 رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٣) . وَلَنَا : مَا رَوَى الْحَسَنُ ، عَنْ سَمُرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ
 ذَارِجِمَ / مَخْرَمَ ، فَهُوَ حُرٌّ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(٤) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ .
 وَلَئِنَّهُ ذُو رَجِيمٍ مَخْرَمَ ، فَيُعْتِقُ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ ، كَعَمُودَى النَّسَبِ ، وَكَالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ
 عِنْدَ مَالِكٍ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : « حَتَّى يَشْتَرِيَهُ فَيَغْتَقَهُ » . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ فَيَشْتَرِيَهُ ^(٥) فَيَغْتَقَهُ
 بِشِرَائِهِ لَهُ ، كَمَا يُقَالُ ^(٦) : ضَرَبَهُ فَقَتَلَهُ ، وَالضَّرْبُ هُوَ الْقَتْلُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الشِّرَاءَ لَمَّا كَانَ
 يَحْصُلُ بِهِ الْعِتْقُ تَارَةً دُونَ أُخْرَى ، جَازَ عَطْفُ صِفَتِهِ عَلَيْهِ ، كَمَا يُقَالُ : ضَرَبَهُ فَأَطَارَ
 رَأْسَهُ . وَمَتَى عَتَقَ عَلَيْهِ ، فَلَوْأَوْهُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُعْتِقُ مِنْ مَالِهِ بِسَبَبِ فِعْلِهِ ، فَكَانَ وَلَوْأَوْهُ لَهُ ، كَمَا
 لَوْ بَاشَرَ عَتَقَهُ ، وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ بِشِرَاءٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ غَنِيمَةٍ ، أَوْ إِزِثٍ ، أَوْ غَيْرِهِ . لَا تَعْلَمُ بَيْنَ
 أَهْلِ الْعِلْمِ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوى الأرحام لا يفتقون على سيدهم ،
 كالأم والأخ من الرضاعة ، والرَّبِيبَةِ ، وأُمِّ الزَّوْجَةِ ، وابنتِهَا ، إِلَّا أَنَّهُ حُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ ،

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه في : ٨ / ٧٧ .

(٤) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٩٩ .

(٥) في م : « يشتره » .

(٦) في م : « قال » .

وابن سيرين ، وشريك ، أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة . وروى عن ابن مسعود أنه كرهه . والأول أصح . قال الزهري : جرت السنة بأن يباع الأخ والأخت من الرضاع . ولأنه لا نص في عتقهم ، ولا هم في معنى المنصوص عليه ، فيتقون على الأصل ، ولأنهما لا رحم بينهما ، ولا توارث ، ولا تلزمه نفقته ، فأشبهه الربيبة وأم الزوجة .

فصل : وإن ملك ولد من الزنى ، لم يعتق عليه . على ظاهر كلام أحمد ؛ لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه ، وهى الميراث ، والحجب ، والمحرمة ، وجوب الإنفاق ، وثبوت الولاية له عليه . ويحتمل أن يعتق ؛ لأنه جزؤه حقيقة ، وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ، ولهذا لو ملك ولد المخالف له في الدين ، عتق عليه ، مع انتفاء هذه الأحكام .

١٠٥٣ - مسألة ؛ قال : (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا أعْتَقَا)

/ هذا قول عامة الفقهاء . وبه يقول الشافعي ، وأهل العراق . وحكى ابن سُرَاقَة ، ١٨٦/٦ ط عن عمرو بن دينار ، وأبي ثور ، أنه لا ولاء على المكاتب ؛ لأنه اشترى نفسه من سيده ، فلم يكن له عليه ولاء ، كما لو اشتراه أجنبي فاعتقه . وكان قتادة يقول : من لم يشترط ولاء المكاتب ، فلمكاتبه أن يوالى من شاء . وقال مكحول : أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته ، فجائر . ولنا ، أن السيد هو المعتق للمكاتب ؛ لأنه يتبعه بماله ، وماله وكسبه لسيده ، فجعل ذلك له ، ثم باعه به حتى عتق ، فكان هو المعتق ، وهو المعتق للمدبر بلا إشكال ، وقد قال النبي ﷺ : « الولاء لمن أعْتَقَ » ^(١) . ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبهم ، فيقال : أبو سعيد ^(٢) . مولى أبى ^(٣)

(١) تقدم تخريجه في : ٣٥٩ / ٨ .

(٢) في ١ : « أبو مسعود » .

(٣) في م : « ابن » . خطأ .

أُسَيْدٌ ، وسَيْرِيْنُ مَوْلَى أَنْسَرٍ ، وسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ مَوْلَى مَيْمُونَةَ ، وقد وَهَبَتْ وَلَاءَهُ لَابْنِ عَبَّاسٍ ، وكانوا مُكَاثِبِينَ ، وكذلك أَشْبَاهُهُمْ . ويدلُّ على ذلك أَنَّ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ ، أَنَّهَا جَاءَتْ عَائِشَةَ فَقَالَتْ : يَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنِّي كَاتِبْتُ أَهْلِي عَلَى تَسْنِجِ أَوَاقٍ فَأَعِينَنِي . فَقَالَتْ عَائِشَةُ : إِنْ شَاءُوا عَدَدْتُ لَهُمْ عَدَّةً وَاحِدَةً وَيَكُونُ وَلَاؤُكَ لِي فَعَلْتُ . فَأَبَوْا أَنْ يَبِيعُوهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اشْتَرِيَهَا ، وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ » (٤) . وهذا يدلُّ على أَنَّ الْوَلَاءَ كَانَ لَهُمْ لَوْ لَمْ تُشْتَرِهَا مِنْهُمْ عَائِشَةُ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْعَبْدُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ بِعَوَضٍ حَالٍ ، عَتَقَ الْوَلَاءَ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَالَهُ بِمَالِهِ ، فَهُوَ مِثْلُ الْمُكَاتَبِ سَوَاءً ، وَالسَّيِّدُ هُوَ الْمُعْتَقُ لهما ، فَالْوَلَاءُ لَهُ عَلَيْهِمَا .

١٠٥٤ - مسألة ؛ قال : (وَوَلَاءُ أُمِّ الْوَلَدِ لِسَيِّدِهَا إِذَا مَاتَ)

يعنى إِذَا عَتَقْتَ بَمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَوَلَاؤُهَا لَهُ يَرْتُهَا أَقْرَبُ (١) عَصَبَتِهِ . / وهذا قولُ عمرَ ، وعثمانَ . وبه قالُ عَامَّةُ الْفُقَهَاءِ . وقال ابنُ مسعودٍ : تَعْتَقُ مِنْ (٢) نَصِيبِ ابْنَتِهَا ، فَيَكُونُ وَلَاؤُهَا لَهُ . وعن ابنِ عباسٍ نحوه . وعن عليٍّ : لَا تَعْتَقُ مَالِمَ يَغْتَقُهَا (٣) وَلَهُ يَبِيعُهَا . وبه قالُ جابرُ بنُ زيدٍ ، وأهلُ الظاهرِ . وعن ابنِ عباسٍ نحوه . وَلِذِكْرِ الدَّلِيلِ عَلَى عِتْقِهَا مَوْضِعٌ غَيْرُ هَذَا ، وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِعِتْقِهَا أَنْ وَلَاءُهَا لِمَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ . ومذهبُ الْجُمْهُورِ أَنَّهَا تَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَيَكُونُ وَلَاؤُهَا لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِفِعْلِهِ مِنْ مَالِهِ (٤) ، فَكَانَ وَلَاؤُهَا لَهُ ، كَمَا لَوْ عَتَقَتْ بِقَوْلِهِ . وَيَخْتَصُّ مِيرَاثُهَا بِالْوَلَاءِ بِالذُّكُورِ مِنْ عَصَبَةِ السَّيِّدِ ، كَالْمُدَبِّرِ وَالْمُكَاتَبِ .

١٨٧/٦

(٤) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١) في م : « قرب » .

(٢) في م : « منى » .

(٣) في م : « يفتقها » .

(٤) في م : « له » .

١٠٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْ رَجُلٍ حَتَّى يَبْلَأَ أَمْرِهِ ، أَوْ عَنْ مَيْتٍ ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ)

هذا قول الثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأبي يوسف ، وداود . ورؤي عن ابن عباس أن ولأه للمعتق عنه . وبه قال الحسن ، ومالك ، وأبو عبيد ؛ لأنه أعتقه عن غيره ، فكان الولاء للمعتق عنه ، كما لو أذن له . ولنا ، قول النبي ﷺ : « الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ » ^(١) . ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره له ، فكان الولاء له ، كما لو لم يقصد شيئا .

١٠٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ بِأَمْرِهِ)

وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسألة الأولى ، إلا أبا حنيفة ، ووافق أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وداود ، فقالوا : الولاء للمعتق ، إلا أن يعتقه عنه على عوض ، فيكون له الولاء ، ويلزمه ^(١) العوض ، ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في إعتاقه ، أما إذا كان عن غير عوض ، فلا يصح تقدير البيع ، فيكون الولاء للمعتق ؛ لعموم قوله / عليه السلام : « الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ » . وعن أحمد مثل ذلك . ولنا ، أنه وكيل في الإعتاق ، فكان الولاء للمعتق عنه ، كما لو أخذ عوضا ، فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضا ، يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضا ، فإن الهبة جائزة في العبد ، كما يجوز البيع ، والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضا ، وكسائر ^(٢) الوكلاء ، فنقيس عليه محل النزاع .

١٠٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ قَالَ : أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي ، وَعَلَى ثَمَنِهِ . فَالْثَمَنُ عَلَيْهِ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ)

لا نعلم في هذه المسألة خلافا ، وأن الولاء للمعتق عنه ؛ لكونه أعتقه عنه بعوض .

(١) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١) في م : « ويلزم » .

(٢) في الأصل ، ١ : « وسائر » .

وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ عَنْهُ بِشَرْطِ الْعَوَضِ ، فَيَقْدَرُ اِئْتِيَاعُهُ مِنْهُ ، ثُمَّ تَوَكَّلَهُ فِي عِتْقِهِ ، لِيَصِحَّ عَنْهُ ، فَيَكُونُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ وَالْوَلَاءُ لَهُ ، كَمَا لَوْ اِئْتَاَعَهُ مِنْهُ ثُمَّ وَكَّلَهُ فِي عِتْقِهِ .

١٠٥٨ - مسألة : قال : (وَلَوْ قَالَ : أَعْطَهُ ، وَالثَّمَنُ عَلَى . كَانَ الثَّمَنُ عَلَيْهِ ، وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ)

إِنَّمَا كَانَ التَّمَنُّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ جُعْلًا عَلَى إِعْتَاقِ عَبْدِهِ ، فَلَزِمَهُ ذَلِكَ بِالْعَمَلِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : مَنْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ فَلَهُ دِينَارٌ . فَبَنَاهُ إِنْسَانٌ ، اسْتَحَقَّ الدِّينَارَ . وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِإِعْتَاقِهِ عَنْهُ ، وَلَا قَصَدَ بِهِ الْمُعْتَقُ ذَلِكَ ، فَلَمْ يُوجَدْ مَا يَقْتَضِي صَرْفَهُ إِلَيْهِ ، فَيَبْقَى لِلْمُعْتَقِ ، عَمَلًا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ » ^(١) .

فصل : وَمَنْ أَوْصَى أَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ ^(٢) بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَأُعْتِقَ ، فَالْوَلَاءُ لَهُ ، وَكَذَلِكَ لِمَنْ وَصَّى بِعِتْقِ عَبْدِهِ ، وَلَمْ يَقُلْ : عَنِّي . فَأُعْتِقَ ، كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ أُعْتِقَ عَنْهُ مَا يَجِبُ إِعْتَاقُهُ ، كَكُفَّارَةِ وَنَحْوِهَا ، فَقَدْ مَضَى ذِكْرُهَا فِيمَا تَقَدَّمَ .

١٨٨/٦ و ١٠٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ أَوْ لَدُنْ مِنْ مَوْلَاةٍ / لِقَوْمٍ ، جَرَّ مُعْتَقُ الْعَبْدِ وَلَاءَهُ أَوْ لَدِيهِ)

وجملة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته ، فزوجه عبداً ، فأولدها ، فولدها منه أحراراً ، وعليهم الولاء لمولى أمهم ، يعقل عنهم ويبرئهم إذا ماتوا ؛ لكونه سبب الإنعام عليهم بعنق أمهم ، فصاروا لذلك أحراراً . فإن أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء ، وجر إليه ولأولاده عن مولى أمهم ؛ لأن الأب لما كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثاً ، ولا ولياً في نكاح ، فكان ابنه كولد الملاءة ينقطع نسبه عن ابنه ، فثبت الولاء لمولى أمه ، وانسب إليها ، فإذا عتق العبد ، صلح الانسب إليه ، وعاد وارثاً عاقلاً ولياً ، فعادت

(١) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(۲) فی م : « عبده » . وانظر ما يأتي في قوله : « عني » .

النسبة إليه وإلى مؤليه ، بمنزلة مالو استلحق الملائع ولدّه . هذا قول جمهور الصحابة
والفقهاء ، يروى هذا عن عمر ، وعثمان ، وعليّ ، والزبير ، وعبد الله ، وزيد بن ثابت ،
ومروان ، وسعيد بن المسيّب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ،
والنخعي . وبه قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث ، وأبو حنيفة وأصحابه ،
والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لا يتجر^(١) عن
مولى الأم . وبه قال مالك بن أنس بن الحداث^(٢) ، والزهرى ، وميمون بن مهران ،
وحميد بن عبد الرحمن ، وداود ؛ لأن الولاء لخدمة كل خدمة النسب ، والنسب لا يزول
عمن ثبت له ، فكذلك الولاء . وقد روى عن عثمان نحو هذا ، وعن زيد . وأنكرهما ابن
اللبان ، وقال : مشهور عن عثمان أنه قضى بجر^(٣) الولاء للزبير على رافع بن خديج .
ولنا ، أن الانسحاب إلى الأب ، فكذلك الولاء ، ولذلك لو كانا حريين ، كان ولأؤ ولأؤ ولأؤ
لمولى أبيه ، فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الأم ضرورة ، فإذا عتق^(٤) الأب زالت
الضرورة ، فعادت النسبة إليه ، والولاء إلى مواليه . وروى عبد الرحمن ، عن الزبير ، أنه
لما قديم خبير رأى فتية لغسا ، فأعجبه ظرفهم وجمالهم ، فسأل عنهم ، ف قيل له :
مولى رافع بن خديج ، وأبوهم مملوك لآل الحرقه^(٥) ، فاشتري الزبير أباهم فأعتقه ، وقال
لأولاده : اتسبوا لى ، فإن ولأؤكم لى . فقال رافع بن خديج : الولاء لى ، فإنهم عتقوا
بعتنى أمهم . فاحتكموا إلى عثمان ، فقضى بالولاء للزبير ، فاجتمع الصحابة عليه .
اللعمس سواد في الشفتين تستحسنة^(٦) العرب ، ومثله اللعى ، قال ذو الرمة^(٧) :

١٨٨/٦ ظ

(١) في النسخ : « ينجز » . وانظر قول ابن اللبان الآتى .

(٢) مالك بن أنس بن الحداث النضرى ، من تابعى المدينة ، توفي سنة اثنتين وتسعين . اللباب ٣ / ٢٢٦ ، العبر

١ / ١٠٦ ، تهذيب التهذيب ١٠ / ١٠ .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « أعتق » وفيها بعد ذلك زيادة : « العبد » .

(٥) الحرقه : بطن من جهينة . انظر : المشبه ٢٢٧ .

(٦) في ١ ، م : « تستحبه » .

(٧) ديوانه ١ / ٣٣ .

لَمَيَاءُ فِي شَفَتَيْهَا حُوَّةٌ لَعَسَ وَفِي اللِّثَاتِ وَفِي أُنْيَابِهَا شَنْبٌ^(٨)

فصل : وَحُكْمُ الْمُكَاتَبِ يَتَزَوَّجُ فِي كِتَابَتِهِ ، فَيَأْتِي لَهُ أَوْلَادٌ ثُمَّ يَعْتِقُ ، حُكْمُ الْعَبْدِ الْقَيْنِ فِي جَرِّ الْوَلَاءِ ، وَكَذَلِكَ الْمُدَبِّرُ وَالْمُعْلَقُ عِنْتُهُ بِصِفَةٍ ؛ لِأَنَّهُمْ عَبِيدٌ ، فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرَاهُمْ .

فصل : إِذَا انْجَرَّ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ ثُمَّ انْقَرَضُوا ، عَادَ الْوَلَاءُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَى مَوَالِي الْأُمِّ بِحَالٍ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحُكْمُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّهُ يَعُودُ إِلَى مَوَالِي^(٩) الْأُمِّ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ جَرَى مَجْرَى الْإِنْتِسَابِ ، وَلَوْ انْقَرَضَ الْأَبُ وَأَبَاؤُهُ لَمْ تُعَدِ النَّسَبَةُ إِلَى الْأُمِّ ، كَذَلِكَ الْوَلَاءُ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَوَلَدَتْ بَعْدَ عِنْتِ الْأَبِ ، كَانَ وَلَاءٌ وَلِدِهَا لِمَوَالِي أَبِيهِ . بِلَا خِلَافٍ . فَإِنَّ نَفَاهُ بِاللِّعَانِ ، عَادَ وَلَؤُهُ إِلَى مَوَالِي الْأُمِّ ؛ لِأَنَّا نَتَّبِعُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ . فَإِنْ عَادَ فَاسْتَلْحَقَهُ ، عَادَ^(١٠) الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ .

فصل : لَا يَنْجَرُّ الْوَلَاءُ إِلَّا بِشُرُوطٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْأَبُ عَبْدًا حِينَ الْوِلَادَةِ ، فَإِنْ كَانَ حُرًّا وَزَوْجَتُهُ مَوْلَاةً ، لَمْ يَخُلْ ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ حُرًّا الْأَصْلُ ، فَلَا وَلَاءَ^(١١) عَلَى وَلَدِهِ بِحَالٍ ، وَإِنْ كَانَ مَوْلًى ، ثَبَتَ الْوَلَاءُ عَلَى وَلَدِهِ لِمَوَالِيهِ ابْتِدَاءً ، وَلَا جَرَّ فِيهِ .
الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ الْأُمُّ / مَوْلَاةً ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ تَخُلْ ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ حُرَّةً الْأَصْلُ ، فَلَا وَلَاءَ عَلَى وَلَدِهَا بِحَالٍ ، وَهِيَ أَعْرَازٌ بِحُرِّيَّتِهَا ، أَوْ تَكُونَ أَمَةً ، فَوَلَدُهَا رَقِيقٌ لِسَيِّدِهَا ، فَإِنْ أَعْتَقَهُمْ فَوَلَاؤُهُمْ لَهُ لَا يَنْجَرُّ عَنْهُ بِحَالٍ ، سَوَاءً أَعْتَقَهُمْ بَعْدَ وَلَا دَرْتَهُمْ ، أَوْ أَعْتَقَ أُمَّهُمْ حَامِلًا بِهِمْ فَعَتَقُوا بِعِنْتِهَا ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ ثَبَتَ^(١٢) بِالْعِنْتِ مُبَاشَرَةً ، فَلَا يَنْجَرُّ عَنْ الْمُعْتِقِ ؛

(٨) الحوة : مثل اللمي . والشنب : برد وعذوبة في الأسنان ، أو تحديد الأنياب ودقتها .

(٩) في ١ : « مولى » .

(١٠) في الأصل ، م : « فعاد » .

(١١) في م زيادة : « عليه ولا » .

(١٢) في م : « ثبت » .

لقوله عليه السلام : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ »^(١٣) . وإن أعتقها المولى فأنت بوليد لدون سِتَّة أشهر ، فقد مَسَّه الرُّقُّ وَعَتَقَ بالمُبَاشَرَةِ ، فلا يَنْجَرُ وَلَاؤُهُ ، وإن أَثَّتَ به لأكثر من سِتَّة أشهرٍ مع بقاء الزَّوْجِيَّةِ ، لم يُحْكَمْ بِمَسِّ الرُّقِّ له ، وانْجَرَّ وَلَاؤُهُ ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حَادِثًا بَعْدَ الْعِتْقِ ، فلم يَمَسَّه الرُّقُّ ، ولم يُحْكَمْ بِرُقِّهِ بِالشُّكِّ . وإن كانت المرأة بَائِنًا ، وَأَثَّتَ بوليدَ لأربعِ سِنِينَ من حِينَ الفُرْقَةِ ، لم يَلْحَقْ بِالأبِ ، وكان وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ ، وإن أَثَّتَ به لأقلَّ من ذلك ، لَحِقَهُ الولدُ ، وانْجَرَّ وَلَاؤُهُ ، ووُلِدَ الأُمَةُ مَمْلُوكٌ ، سواءَ كان من نِكَاحٍ أَوْ من سِفَاحٍ ، عَرَبِيًّا كانَ الزَّوْجُ أَوْ أَعْجَمِيًّا . وهذا قولُ عَامَّةِ الفُحَّهَاءِ . وعن عمرَ : إن كان^(١٤) زَوْجُهَا عَرَبِيًّا فوُلِدَهُ^(١٥) حُرٌّ ، وعليه قِيمَتُهُ ، ولا وِلَاءَ عَلَيْهِ . وعن أحمدَ مِثْلُهُ . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقاله^(١٦) الشَّافِعِيُّ في القَدِيمِ ، ثم رَجَعَ عنه . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ أُمَّهُمْ أُمَةٌ ، فكانوا عِبِيدًا ، كما لو كان أبُوهم أَعْجَمِيًّا . الثالث ، أن يَعتَقَ العبدُ سيِّدَهُ ، فإن مات على الرُّقِّ لم يَنْجَرَّ الْوَلَاءُ بِحَالٍ ، وهذا لا خِلَافَ فِيهِ . فإن اِخْتَلَفَ سيِّدُ العبدِ ومَوْلَى الأُمِّ في الأبِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فقال سيِّدُهُ : مات حُرًّا بَعْدَ جَرِّ الْوَلَاءِ . وأنكر ذلك مَوْلَى الأُمِّ ، فالقول قولُ مَوْلَى الأُمِّ . ذكره أبو بكرٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بقاءُ الرُّقِّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : فإن لم يَعتِقِ الأبُ ، ولكن عَتَقَ الجَدُّ ، فقال أحمدُ : الجَدُّ^(١٧) لا يَجُرُّ الْوَلَاءَ ، ليس هو كالأبِ . وبهذا قال أبو حنيفةٌ وصاحباهُ . وعن أحمدَ ، أَنَّهُ يَجُرُّهُ . وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ، / والنَّخَعِيُّ ، وأهلُ المَدِينَةِ ، وابنُ أُمِّ لَيْلَى ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وابنُ المَبَارِكِ ، وأبو ثَوْرٍ ، وضِرَّارُ بنُ صُرْدٍ ، والشَّافِعِيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ . فإن أَعْتَقَ الأبُ بَعْدَ ذَلِكَ ، جَرَّهُ عن مَوَالِي الجَدِّ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الجَدَّ يَقُومُ مَقَامَ الأبِ في التَّعْصِيبِ وَأَحْكَامِ

(١٣) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في ١ : « فولدها » .

(١٦) في م : « وبه قال » .

النَّسَبِ ، فكذلك في جَرِّ الْوَلَاءِ . وقال زُفَرٌ : إن كان الأبُ حَيًّا ، لم يَجْرُ^(١٧) الْجَدُّ الْوَلَاءَ ، وإن كان مَيِّتًا ، جَرَّهُ . وهو القول الثاني للشَّافِعِيِّ . ولنا ، أنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْوَلَاءِ لِمُسْتَحِقِّهِ ، وإنما حُوِّلَ هذا الْأَصْلُ لِلاتِّفَاقِ على أَنَّهُ يَنْجَرُّ بِعَتَقِ الْأَبِ ، وَالْجَدِّ لَا يُسَاوِيهِ ، بدليل أَنَّهُ لو عَتَقَ^(١٨) الْأَبُ بَعْدَ الْجَدِّ ، جَرَّهُ عن مَوَالِي الْجَدِّ إِلَيْهِ ، ولو أَسْلَمَ الْجَدُّ ، لم يَتَّبِعْهُ وَلَدُ وَلَدِهِ ، وَلَأنَّ الْجَدَّ يُدْلِي بغيره ، ولا يَسْتَقِرُّ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ ، فلم يَجْرُ الْوَلَاءُ ، كالأخ ، وكونه يقوم مقام الأب ، لا يُلْزَمُ أَنْ يَنْجَرَّ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ ، كالأخ . وعلى القول الآخر ، لا فَرْقَ بين الْجَدِّ الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ ؛ لِأَنَّ الْبَعِيدَ يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ كَقِيَامِ الْقَرِيبِ ، وَيَقْتَضِي هذا أَنَّهُ متى عَتَقَ الْبَعِيدُ فَجَرَّ الْوَلَاءَ ، ثم عَتَقَ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ جَرَّ الْوَلَاءَ إِلَيْهِ ، ثم إن عَتَقَ الْأَبُ جَرَّ الْوَلَاءَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَحْجُبُ مَنْ فَوْقَهُ ، وَيُسْقِطُ تَعْصِيَتَهُ وَإِزَّتَهُ وَوَلَايَتَهُ ، ولو لم يُعْتَقِ الْجَدُّ ، لكن كان حُرًّا وولده مملوكًا ، فترَوَّجَ مَوْلَاةُ قَوْمٍ ، فَأَوْلَدَهَا أَوْلَادًا ، فَوَلَّاهُمْ لِمَوْلَى أُمِّهِمْ . وعند مَنْ يَقُولُ : يَجْرُ الْجَدُّ الْوَلَاءَ . يكون لِمَوْلَى الْجَدِّ . وإن لم يكن الْجَدُّ مَوْلَى ، بل كان حُرًّا الْأَصْلَ ، فلا وَلَاءَ على وَلَدِ أَبِيهِ ، فَإِنْ أُعْتِقَ أَبُوهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، لم يَعُدْ على وَلَدِهِ وَلَاءٌ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ ثَبَّتَتْ لَهُ مِنْ غَيْرِ وَلَاءٍ ، فلم يَتَجَدَّدْ عَلَيْهِ وَلَاءٌ ، كَالْحُرِّ الْأَصْلِيِّ .

فصل : وإذا كان أحد الزوجين الحرَّين حُرًّا الْأَصْلَ ، فلا وَلَاءَ على وَلَدِهِمَا ، سواء كان الآخر عَرَبِيًّا أو مَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً الْأَصْلَ ، فالولَدُ يَتَّبِعُهَا فيما إذا كان الأب رَقِيقًا فِي انْتِفَاءِ^(١٩) الرُّقِّ وَالْوَلَاءِ ، فَلَا يَتَّبِعُهَا فِي نَفْيِ الْوَلَاءِ وَحْدَهُ أَوَّلَى . وإن كان الأب حُرًّا الْأَصْلَ ، فالولَدُ يَتَّبِعُهَا فيما إذا / كان عليه وَلَاءٌ ، بحيث يَصِيرُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ لِمَوْلَى أَبِيهِ ، فَلَا يَتَّبِعُهَا فِي سُقُوطِ الْوَلَاءِ عَنْهُ أَوَّلَى . وهذا قول أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وسواء كان الأب عَرَبِيًّا أو أَعْجَمِيًّا ، وقال أبو حنيفة : إِنْ كَانَ أَعْجَمِيًّا وَالْأُمُّ مَوْلَاةً ، ثَبَّتَ الْوَلَاءُ عَلَى

(١٧) سقط من : ١ .

(١٨) في ١ : « أعتق » .

(١٩) في م : « إبقاء » .

ولده . وليس بصحيح ؛ لأنه حرُّ الأصل ، فلم يثبت الولاء على ولده ، كما لو كان عربياً . وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً ، أو مجهول النسب أو معلومه . وهذا قول أئمة يوسف ، ومالك^(٢٠) وابن سريج^(٢١) . وقال القاضي : إن كان مجهول النسب ، ثبت الولاء على ولده لمولى الأم إن كانت مولاة . قال ابن اللباني : وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال الخبري : هذا قول أئمة حنيفة ، ومحمد ، وأحمد ؛ لأن مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود ، وإنما امتنع في محل الوفاق بحرية الأب ، فإذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع^(٢٢) ، فيبقى على الأصل ، ولا يزول عن اليقين بالشك ، ولا يترك العمل بالمقتضى مع الشك في المانع . ولنا ، أن الأب حر^(٢٣) محكوم بحريته ، فأشبهه معروف النسب ، ولأن الأصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء ، فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد ، كما^(٢٤) لم يترك في حق الأب . وقولهم : مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود . ممنوع ؛ فإنه إنما ثبت لمولى الأم بشرط رق الأب ، وهذا الشرط متوقف حكماً وظاهراً . وإن سلمنا وجود المقتضى ، فقد ثبت المانع حكماً ، فإن الأب حرته ثابتة حكماً ، فلا تعويل على ما قالوه . وإن كان الأب مولى ، والأم مجهولة النسب ، فلا ولاء عليه في قولنا . وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه ؛ لأننا شككنا في المانع من ثبوته . ولنا ، ما ذكرنا في التي قبلها ، ولأن الأم لا تخلو من أن تكون حرة الأصل ، فلا ولاء على ولدها ، أو أمة فيكون ولدها عبداً ، أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه . والاحتمال الأول راجع ؛ لوجهين ؛ أحدهما ، أنه محكوم به في الأم ، فيجب الحكم به في ولدها . / الثاني ، أنه مقتضى الأصل ، فإن الأصل الحرية ، ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال ، لكان الاحتمال الذي صاروا إليه معارضاً

(٢٠-٢١) في م : « وشرح » .

(٢١) في م : « المانع » .

(٢٢) في م : « حرم » .

(٢٣) في إنبادة : « لو » .

باحتمالين ، كل واحد منهما مُساوٍ له ، فترجيحه عليهما^(٢٤) تحكّم لا يجوز المصير إليه بغير دليل ، وهذا واردٌ عليهم في المسألة الأولى أيضا .

فصل : إذا تزوّج مُعتقٌ بمُعتقة ، فأولدها ولدين ، فولّاهما لمولى أبيهما^(٢٥) . فإن نفّاهما باللّعان ، عاد ولّاهما إلى مولى أمهما^(٢٦) . فإن مات أحدهما ، فميراثه لأمه ومواليها^(٢٧) . فإن أكذب أبوهما نفسه ، لحقه نسبهما ، واسترجع الميراث من مولى الأم . ولو كان أبوهما عبداً ، ولم ينفهما ، وورث موالى الأم الميِّت منهما ، ثم أعتق الأب انحَرَّ الولاء إلى موالى الأب ، ولم يكن لهم^(٢٨) ولا للأب^(٢٩) استرجاع الميراث ؛ لأنَّ الولاء إنّما ثبت لهم عند إعتاق الأب ، ويفارق الأب إذا أكذب نفسه ؛ لأنَّ النسب ثبت من حين خلق الولد .

فصل : وإذا تزوّج عبدٌ مُعتقةً ، فاستولدها أولاداً ، فهم أحرار ، ولولاهم لموالى أمهم . فإن اشترى أحدهم أباه ، عتق عليه ، وله ولأوه ، ويجرُّ إليه ولأه أولاده كلهم ، ويقتى ولأه المشتري لمولى أمه ؛ لأنّه لا يكون مولى نفسه . وهذا قول جمهور الفقهاء ؛ مالكٌ في أهل المدينة ، وأبو حنيفة في أهل العراق ، والشافعي . وشذَّ عمرو بن دينار المدنيّ ، فقال : يجرُّ ولأه نفسه ، فيصيرُ حُرّاً لا ولأه عليه . قال ابن سُرَيْج : ويَحْتَمِلُهُ قول الشافعي . ولا تعويل^(٣٠) على هذا القول لشذوذه ، ولأنّه يؤدّي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه دونه ، مع كونه مولوداً لهما في حال رِقّهما ، أو في حال ثبوت الولاء عليهما ، وليس لنا مثلُ هذا في الأصول ، ولا يُمكنُ أن يكون مولى نفسه ، يعقلُ عنها ، ويرثها ، ويزوجها ، لكن لو اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ، ثم اشترى العبدُ أبا مُعتقه فأعتقه ، فإنّه ينجرُّ إليه ولأه سيِّده ، فيكون لهذا الولد على مُعتقه الولاء بإعتاقه أباه ، وللعتيق ولأه مُعتقه بولائه على أبيه وجرّه ولأه بإعتاقه أباه . ولا يمتنع مثل هذا ، كما لو أعتق الحرُّ عبداً فأسلم / ، ثم أسير سيِّده وأعتقه ، صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ١٩١/٦

(٢٤) في م : « عليهم » .

(٢٥) في م : « أبيها » .

(٢٦) في م : « أمها » .

(٢٧) في م : « ومواليها » .

(٢٨-٢٩) في م : « ولأه ولا للأب » .

(٢٩) في م : « يقول » .

ومن أسفل ، وَيرثُ كلُّ واحدٍ منهما الآخرَ بالولاءِ ، وكما جاز أن يشترِكَ في النَّسَبِ ، فيرثُ كلُّ واحدٍ منهما صاحِبَه به ، كذلك الولاءُ . وإن تزوّجَ وَلَدُ الْمُعْتَقَةِ مُعْتَقَةً ، فأولدها ولداً ، فاشترى جَدُّهُ ، عَتَقَ عليه ، وله ولأُوهُ ، وَيَجُرُّ إليه ولأُبيه وسائرُ أولادِ جَدِّهِ ، وهم عُمُومَتُهُ وَعَمَّائِهِ ، وولاءُ جميعِ مُعْتَقِيهِمْ ، وَيَبْقَى ولأُ المَشْتَرَى لِمَوْلَى أُمِّ أَيْبِهِ . وعلى قولِ عَمْرِو بنِ دينارٍ ، يَبْقَى حُرّاً ، لا ولأُ عليه .

فصل : إذا تزوّجَ عَبْدٌ بِمُعْتَقَةٍ ^(٣٠) ، فأولدها ولداً ^(٣١) ، فتزوّجَ الولدُ بِمُعْتَقَةٍ رجلٍ ، فأولدها ولداً ، فولأُ هذا الولدِ الآخرِ ، لِمَوْلَى أُمِّ أَيْبِهِ ، في أحدِ الوجهين ؛ لأنَّ له الولاءَ على أَيْبِهِ ، فكان الولاءُ ^(٣٢) له عليه ، كما لو كان مَوْلَى جَدِّهِ ، ولأنَّ الولاءَ الثَّابِتَ على الأبِ يَمْنَعُ ثُبُوتَ الولاءِ لِمَوْلَى الأمِّ . والوجهُ الثاني ، ولأُوهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ ؛ لأنَّ الولاءَ الثَّابِتَ على ابنِهِ من جِهَةِ أُمِّهِ ، ومثلُ ذلك ثابِتٌ في حَقِّ نَفْسِهِ ، ومائِثٌ في حَقِّه أَوْلَى مما ثَبِتَ في حَقِّ أَيْبِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كان له مَوْلَى ولأُبيه مَوْلَى ، كان مَوْلَاهُ أَحَقُّ به من مَوْلَى أَيْبِهِ . فإن كان له مَوْلَى أُمِّ ، ومَوْلَى أُمِّ أبٍ ، ومَوْلَى أُمِّ جَدِّ ، وجَدُّ ^(٣٣) أَيْبِهِ ^(٣٤) مملوكٌ ، فعلى الوجهِ الأوَّلِ يكونُ لِمَوْلَى أُمِّ الجَدِّ ، وعلى الثاني يكونُ لِمَوْلَى الأمِّ .

فصل : وإن تزوّجَ مُعْتَقٌ بِمُعْتَقَةٍ ، فأولدها بنتاً ، وتزوّجَ عَبْدٌ بِمُعْتَقَةٍ ، فأولدها ابناً ، فتزوّجَ هذا الابنُ بنتَ المُعْتَقَيْنِ ، فأولدها ولداً ، فولأُ هذا الولدِ لِمَوْلَى أُمِّ أَيْبِهِ ؛ لأنَّ له الولاءَ على أَيْبِهِ . وإن تزوّجَتْ بنتُ المُعْتَقَيْنِ ^(٣٤) بِمَمْلُوكٍ ، فولأُ ولدها لِمَوْلَى أَيْبِهَا ؛ لأنَّ ولأُها له ، فإن كان أبوها ابنُ مَمْلُوكٍ ومُعْتَقَةٍ ، فالولاءُ لِمَوْلَى أُمِّ أَيْبِ الأمِّ ، على الوجهِ الأوَّلِ ؛ لأنَّ مَوْلَى أُمِّ ^(٣٤) أَيْبِ الأمِّ يَثْبُتُ له الولاءُ على أَيْبِ الأمِّ ، فكان مُقَدِّماً

(٣٠) في ١ ، م : د لمعتقة .

(٣١) في م زيادة : د ولدا .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٣) في م : د وجدة .

(٣٤) سقط من : م .

١٩١/٦ ظ على (٣٥) أمها ، / وَبَيَّتْ (٣٦) له الولاء عليها .

فصل : في ذَوْرِ الْوَلَاءِ ، إِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً ، فَأَوْلَدَهَا بِنْتَيْنِ ، فَاشْتَرَا أَبَاهُمَا ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَلَهُمَا عَلَيْهِ الْوَلَاءُ ، وَتَجَرَّ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفَ وَلَاءِ أُخْتِهَا إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا أَعْتَقَتْ نِصْفَ الْأَبِ ، وَلَا يَتَجَرُّ الْوَلَاءُ الَّذِي عَلَيْهَا ، وَيَبْقَى نِصْفُ وَلَاءِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لِمَوْلَى أُمِّهَا . فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ ، فَمَالُهُ لَهَا ثُلَاثُ الْبُنُوَّةِ ، وَبَاقِيهِ بِالْوَلَاءِ . فَإِنْ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا أُخْتَهَا النَّصْفُ بِالنَّسَبِ ، وَنِصْفُ الْبَاقِي بِأَنَّهَا مَوْلَاةٌ نِصْفُهَا ، فَصَارَ لَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَالِهَا ، وَالرُّبْعُ الْبَاقِي لِمَوْلَى أُمِّهَا . فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مَاتَتْ قَبْلَ أَبِيهَا ، فَمَالُهَا لِأَبِيهَا . ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْأَبُ فَلِلْبَاقِيَةِ نِصْفُ مِيرَاثِ أَبِيهَا (٣٧) ؛ لَكُونَهَا بِنْتَهُ ، وَنِصْفُ الْبَاقِي وَهُوَ الرُّبْعُ ، لَكُونَهَا مَوْلَاةً نِصْفَهُ ، يَبْقَى الرُّبْعُ لِمَوْلَى الْبَنَاتِ الَّتِي مَاتَتْ قَبْلَهُ فَنِصْفُهُ لِهَذِهِ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّهَا مَوْلَاةٌ نِصْفُ أُخْتِهَا ، صَارَ لَهَا سَبْعَةُ أَثْمَانِ مِيرَاثِهِ ، وَلِمَوْلَى أُمِّ الْمَيِّتَةِ الثُّمْنُ . فَإِنْ مَاتَتِ الْبَنَاتُ الْبَاقِيَةُ بَعْدَهُمَا ، فَمَالُهَا لِمَوَالِيهَا ، نِصْفُهُ لِمَوْلَى أُمِّهَا ، وَنِصْفُهُ لِمَوْلَى أُخْتِهَا الْمَيِّتَةِ ، وَهِيَ أُخْتُهَا وَمَوْلَى (٣٨) أُمِّهَا ، فَنِصْفُهُ لِمَوْلَى أُمِّهَا ، وَهُوَ الرُّبْعُ ، وَالرُّبْعُ الْبَاقِي يَرْجِعُ إِلَى هَذِهِ الْمَيِّتَةِ ، فَهَذَا الْجُزْءُ دَائِرٌ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ هَذِهِ الْمَيِّتَةِ ، ثُمَّ دَارَ إِلَيْهَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : يُجْعَلُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُسْتَحِقَّ لَهُ نَعْلَمُهُ . وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ، وَقِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ ، وَبَعْضُ الْمَدَنِيِّينَ : هُوَ لِمَوْلَى أُمِّ الْمَيِّتَةِ . وَهَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ . وَهَاتَانِ الْمَسْأَلَتَانِ أَصْلٌ فِي ذَوْرِ الْوَلَاءِ ، وَفِيهَا أَقْوَالٌ شَاذَّةٌ سِوَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَهَذَا أَصَحُّ مَا قِيلَ فِيهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، فَإِنْ مَاتَتِ الْابْنَتَانِ قَبْلَ الْأَبِ ، وَرِثَ مَالُهُمَا بِالنَّسَبِ . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُمَا ، فَمَالُهُ يُقَسَّمُ عَلَى ثَمَانِيَةِ أَشْهُمٍ ، لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ ابْنَتَيْهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُمٍ ، سَهْمَانِ لِمَوْلَى أُمِّهَا وَسَهْمَانِ لِمَوْلَى

(٣٥) في م زيادة : « المتقين » .

(٣٦) في م : « وبَيَّت » .

(٣٧) تكرر هنا في ١ ، م قوله : « فَمَالُهَا لِأَبِيهَا ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْأَبُ فَلِلْبَاقِيَةِ نِصْفُ مِيرَاثِ أَبِيهَا » .

(٣٨) في م : « وموالى » .

أُخْتِهَا ، يُقَسِّمَانِ أَيْضًا لِمَوْلَى^(٣٩) أُمِّهَا سَهْمٌ ، وَسَهْمٌ دَائِرٌ يَرْجِعُ / إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ، فَيَحْصُلُ لِبَيْتِ الْمَالِ الرُّبْعُ ، وَلِمَوْلَى أُمِّهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ . فَإِنْ كُنَّ ثَلَاثًا مَاتَ إِحْدَاهُنَّ قَبْلَ الْآبِ ، وَالْأُخْرَى بَعْدَهُ ، فَمَالُ الْآبِ عَلَى سَبْعَةٍ وَعَشْرِينَ ، لِابْنَتَيْهِ ثُلَاثًا بِالنَّسَبِ ، وَثُلَاثًا الْبَاقِ بَوْلَايَتِهِمَا عَلَيْهِ ، وَثُلُثُ الْبَاقِ بَوْلَايَتِهِمَا عَلَى أُخْتَيْهِمَا ، وَيَبْقَى لِمَوْلَى الْأُمِّ سَهْمٌ ، وَمَالُ الثَّانِيَةِ عَلَى ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، لِلْحَيَّةِ تِسْعَةٌ بِالنَّسَبِ ، وَثَلَاثَةٌ بَوْلَايَتِهَا عَلَيْهَا ، وَلِمَوْلَى أُمِّهَا ثَلَاثَةٌ ، وَيَبْقَى ثَلَاثَةٌ لِمَوْلَى الْمَيِّتَةِ الْأُولَى ، لِلْحَيَّةِ سَهْمٌ ، وَلِمَوْلَى أُمِّهَا سَهْمٌ ، وَيَبْقَى سَهْمٌ دَائِرٌ ، فَمَنْ جَعَلَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَمَنْ جَعَلَهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ ، فَهُوَ لَهُ ، وَمَنْ لَمْ يَدْفَعْهُ ، قَسَّمَهُ بَيْنَ الْحَيَّةِ وَمَوْلَى الْأُمِّ نِصْفَيْنِ ، وَتَرْجِعُ بِالِاخْتِصَارِ إِلَى أَرْبَعَةٍ ، فَإِنْ كَانَتْ أُمَّهَاتُهُنَّ شَتَّى فَمِنْ اثْنَتَيْ عَشَرَ . فَإِنْ اشْتَرَى الْابْنَتَانِ أَبَاهُمَا ، ثُمَّ اشْتَرَى أَبُوهُمَا هُوَ وَالْكُبْرَى جَدَّهُمَا ، ثُمَّ مَاتَ الْآبُ ، فَمَالُهُ بَيْنَهُمْ ثَلَاثًا ، ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْجَدُّ وَخَلَفَ ابْنَتِي ابْنِهِ ، فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ ، وَلِلْكُبْرَى نِصْفُ الْبَاقِي ، لَكَوْنِهَا مَوْلَاةَ نِصْفِهِ ، يَبْقَى السُّدُسُ لِمَوْلَى الْآبِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْلَى نِصْفِ الْجَدِّ ، وَهُمْ ابْنَتَاهُ ، فَيَحْصُلُ لِلْكُبْرَى ثُلُثُ الْمَالِ وَرُبْعُهُ ، وَلِلصُّغْرَى رُبْعُهُ وَسُدُسُهُ ، فَإِنْ كَانَتْ بِحَالِهَا ، فَاشْتَرَتْ الْكُبْرَى وَأَبُوهَا أَخَاهُمَا لِأَيِّهِمَا ، فَالْجَوَابُ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا .

(٣٩) ق م : المولى ، .

باب ميراث الولاء

يعني - والله أعلم - الميراث بالولاء . وأضاف الميراث إليه ؛ لأنه سببه ، فإن الشيء يُضاف إلى سببه ، كما يقال : دية الخطأ ، ودية العمد . وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الولاء لا يُورث ، وإنما يُورث به . وهذا قول الجمهور . روى نحو ذلك عن عمر ، وعثمان ، وعلي ، وزيد ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وأسامة بن زيد ، وأبي مسعود البدرى ، وأبي بن كعب . وبه قال عطاء ، وطاوس ، وسالم ، والزهرى ، والحسن ، وابن سيرين ، وقتادة ، والشعبى ، وإبراهيم ، ومالك ، والشافعى ، وأهل العراق ، وداود . وجعل شريح الولاء موزوناً كالمال . ولنا ، قول النبي ﷺ : « إنما الولاء لمن أعتق »^(١) . وقوله : « الولاء لخدمة كل خدمة النسب »^(٢) . والنسب يُورث به ولا يُورث ، فكذا الولاء . ولأن الولاء إنما يحصل بإتعام السيد على « عبده بالعتق »^(٣) ، وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق ، فكذا الولاء .

١٠٦٠ - مسألة ؛ قال : (ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن ، أو أعتق من أعتقن ، أو كاتبن ، أو كاتب من كاتبن ، وقد روى عن أبي عبد الله ، رحمه الله ، فى بنت المعتق خاصة ، أنها يرث ؛ لما روى عن النبي ﷺ ، أنه ورث بنت حمزة من الذى أعتقه حمزة)^(١)

(١) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(٣-٣) فى م : « المعتق » .

(١) انظر ما تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ . ومن أول قوله : « وقد روى » نسخ على أنه من الشرح ، وما يأتى من قول ابن قدامة : « والرواية التى ذكرها الخرق » يوضح أنه من المتن .

قوله : « ولا يَرِثُ النساءُ من الولاءِ » . (١) أى بالولاءِ (٢) ؛ لما قَدَّمنا من أن الولاءَ لا يورثُ ، ولهذا قال : « إلا ما أعتقن » . ومُعْتَقَهُنَّ وَلَا وَهْ لَهُنَّ ، فكيف يَرِثُهُ ! والظاهرُ من المذهبِ أن النساءَ لا يَرِثُنَّ بالولاءِ إلا ما أعتقنَ ، أو أعتقَ مَنْ أعتقنَ ، جرَّ (٣) الولاءَ إليهنَّ مَنْ أعتقنَ . والكتابةُ كذلك ؛ فإنها إعتاقٌ . قال القاضي : هذا ظاهرُ كلامِ أحمد . والروايةُ التي ذكرها الخِرَقِيُّ في ابنةِ المعتقِ ما وجدتها منصوصةً عنه . وقد قال ، في رواية ابنِ القاسمِ ، وقد سأله : (٤) هل كان المولى لحمزةً (٥) ، أو لابنته ؟ فقال : لابنته (٥) . فقد نصَّ على أن ابنةَ حمزةٍ ورثت بولاءِ نفسها ؛ لأنها هي المعتقة . وهذا قولُ الجمهورِ ، وهو قولٌ من سَمِينا في أوَّلِ البابِ من الصحابةِ والتابعينَ ومن (٦) بعدهم غيرَ شَرِيحٍ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لإجماعِ الصحابةِ ومن بعدهم عليه ، ولأنَّ الولاءَ لحمَّةٌ كُلُّحمَّةِ النَّسَبِ ، والمولى كالنَّسَبِ من الأخِ والعَمِّ ونحوهما ، فولَّده من العتيق بمنزلةٍ ولِدِ أخيه وعَمِّه ، ولا يَرِثُ منهم إلا الذكورُ خاصةً . فأما روايةُ الخِرَقِيِّ في بنتِ / المعتقِ ، فوجهُها ما رَوَى إبراهيمُ النَّخَعِيُّ ، أن مولىَ حمزةٍ مات ، وخَلَفَ بنتًا ، فورثَ النبيُّ ﷺ بنتَهُ النَّصَفَ ، وجعلَ لبنتِ حمزةٍ النَّصَفَ (٧) . والصَّحِيحُ أن المولى كان لبنتِ حمزةٍ . قال عبدُ الله بنُ شَدَّادٍ : كان لبنتِ حمزةٍ مولىً أعتقته ، فمات ، وتركَ ابنتَهُ ومولاهُ بنتَ حمزةٍ ، فرفعَ ذلك إلى رسولِ الله ﷺ ، فأعطى ابنتَهُ النَّصَفَ ، وأعطى مولاهُ بنتَ حمزةٍ النَّصَفَ . قال عبدُ الله بنُ شَدَّادٍ : أنا أعلمُ بها ؛ لأنها أختي من أُمِّي ، أُمنا سَلَمَى . رواه ابنُ اللُّبَّانِ بإسنادِهِ (٧) ، وقال : هذا أصحُّ ممَّا رَوَى إبراهيمُ . ولأنَّ البنتَ من النساءِ ، فلا تَرِثُ بالولاءِ كسائرِ النساءِ . فأما تَوْرِثُ المرأةَ من مُعتَقِها ، ومُعْتَقِ

١٩٣/٦ د

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في م : « وجر » .

(٤-٤) في م : « على كان لمولى حمزة » . تصحيفٌ وتخريفٌ .

(٥) سقط من : م .

(٦) سقطت الواو من : أ .

(٧) انظر ما تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

مُعْتَقَهَا ، وَمِنْ جَرِّ وَلَاءٍ مُعْتَقِهَا ، فَلَيْسَ فِيهِ اخْتِلَافٌ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَدْ نَصَّ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ عَائِشَةَ أَرَادَتْ شِرَاءَ بَرِيرَةَ لَتُعْتَقَهَا ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهَا لَهَا ، فَأَرَادَ أَهْلُهَا اشْتِرَاطَ وَلَائِهَا ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اشْتَرَيْهَا ، وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨) . وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « تَحْوِزُ ^(٩) الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛ عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَا عَنَتَ عَلَيْهِ ^(١٠) » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلِأَنَّ الْمُعْتَقَةَ مُنْعَمَةً بِالْإِعْتِقَاقِ ، كَالرَّجُلِ ، فَوَجَبَ أَنْ تُسَاوِيَهُ فِي الْمِيرَاثِ . وَفِي حَدِيثِ مَوْلَى بِنْتِ حَمْزَةَ ، الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، تَنْصِيسٌ عَلَى تَوْرِيثِ الْمُعْتَقَةِ . وَأَمَّا مُعْتَقُ أَبِيهَا ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَمِّهَا ، أَوْ عَمِّ أَبِيهَا ، فَلَا تَرِثُهُ ، وَبِرِثَةِ أَخُوهَا ، كَالنَّسَبِ .

وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ : رَجُلٌ مَاتَ وَخَلَّفَ ابْنَ مُعْتَقِهِ وَبِنْتَ مُعْتَقِهِ ، فَالْمِيرَاثُ لِابْنِ مُعْتَقِهِ خَاصَّةٌ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يَكُونُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا أَثْلًا . فَإِنْ لَمْ يُخْلَفْ إِلَّا بِنْتُ مُعْتَقِهِ ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ، وَمَالُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، إِلَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فَإِنَّ الْمِيرَاثَ لَهَا . وَإِنْ خَلَّفَ أُخْتَ مُعْتَقِهِ ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . / وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَّفَ أُمُّ مُعْتَقِهِ أَوْ جَدَّةُ مُعْتَقِهِ أَوْ غَيْرُهُمَا . وَإِنْ خَلَّفَ أَخَا مُعْتَقِهِ وَأُخْتَ مُعْتَقِهِ ، فَالْمِيرَاثُ لِلأَخِ . وَلَوْ خَلَّفَ بِنْتَ مُعْتَقِهِ وَابْنَ عَمِّ مُعْتَقِهِ أَوْ مُعْتَقِ مُعْتَقِهِ ، أَوْ ابْنَ مُعْتَقِ مُعْتَقِهِ ، فَالْمَالُ لَهُ دُونَ الْبِنْتِ ، إِلَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فَإِنَّ لَهَا النِّصْفَ ، وَالْبَاقِي لِلْعَصْبَةِ . وَإِنْ خَلَّفَ بِنْتَهُ وَمُعْتَقَهُ ، فَلِبِنْتِهِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِي لِمُعْتَقِهِ ، كَمَا فِي قِصَّةِ مَوْلَى بِنْتِ حَمْزَةَ ؛ فَإِنَّهُ مَاتَ وَخَلَّفَ بِنْتَهُ وَبِنْتَ حَمْزَةَ الَّتِي أَعْتَقَتْهُ ، فَأَعْطَى النَّبِيُّ ﷺ بِنْتَ النِّصْفَ ، وَالْبَاقِي لِمَوْلَاتِهِ . وَإِنْ خَلَّفَ ذَا فَرَضٍ سِوَى الْبِنْتِ ، كَالْأُمِّ ، أَوْ الْجَدَّةِ ، أَوْ الْأُخْتِ ، أَوْ الْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ، أَوْ الزَّوْجِ ، أَوْ الزَّوْجَةِ ، أَوْ مَنْ لَا يَسْتَعْرِقُ فَرَضُهُ الْمَالُ ، وَمَوْلَاهُ ^(١١) أَوْ مَوْلَاتُهُ ، فَإِنَّ لِدَى الْفَرَضِ

(٨) انظر تخرجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(٩) في الأصل ، ١ : ٥ تخرز .

(١٠) تقدم تخرجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١١) في م : ٥ أو مولاة .

فَرَضَهُ ، والباقي لَمَوْلَاهُ أَوْ مَوْلَاتِهِ^(١٢) . في قول جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وقد سَبَقَ ذَكَرُ ذَلِكَ . رجلٌ وابْنَتُهُ ، أَعْتَقَا عَبْدًا ، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ ، وَخَلَّفَ ابْنَهُ وَبَنَتَهُ ، فَمَالُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ ، فَلِلْبَنَتِ النَّصْفُ ؛ لِأَنَّهَا مَوْلَاةُ نَصْفِهِ ، وَالْباقِي لِابْنِ الْمُعْتِقِ خَاصَّةً ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الضَّعِيفَةِ ، فَإِنَّ الْبَاقِيَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، فَيَكُونُ لِلْبَنَتِ الثُّلَاثَانِ ، وَلِأَخِيهَا الثُّلُثُ . وَإِنْ مَاتَتِ الْبَنْتُ قَبْلَ الْعَبْدِ ، وَخَلَّفَتْ ابْنًا ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ ، فَلِابْنِهَا النَّصْفُ ، وَالْباقِي لِأَخِيهَا . وَلَوْ لَمْ تُخَلِّفِ الْبَنْتُ إِلَّا بَنَتًا ، كَانَ الْوَلَاءُ كُلُّهُ لِأَخِيهَا دُونَ بَنَتِهَا ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فَإِنَّ لِبَنَتِهَا النَّصْفَ ، وَالْبَاقِيَ لِأَخِيهَا . وَإِنْ مَاتَ الْابْنُ قَبْلَ الْعَبْدِ ، وَخَلَّفَ بَنَتًا ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ ، وَخَلَّفَ مُعْتَقَةً نَصْفَهُ^(١٣) وَبَنَتٌ أَخِيهَا ، فَلِلْمُعْتَقَةِ نَصْفُ مَالِهِ ، وَبَاقِيهِ لِبَنَتِ الْمَالِ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، لَهَا النَّصْفُ بِإِعْتَاقِهَا ، وَنَصْفُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهَا بَنْتُ مُعْتِقِ النَّصْفِ ، وَالْبَاقِي لِعَصَبَةِ أَبِيهَا^(١٤) . وَلَوْ كَانَتِ الْبَنْتُ مَاتَتْ أَيْضًا قَبْلَ الْعَبْدِ ، وَخَلَّفَتْ ابْنَتًا ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ ، فَلِابْنِهَا النَّصْفُ ، وَلَا شَيْءَ لِبَنَتِ أَخِيهَا . امْرَأَةٌ أَعْتَقَتْ أَبَاهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَتْ أَبُوهَا عَبْدًا ، ثُمَّ مَاتَ / الْأَبُ ، ثُمَّ الْعَبْدُ ، فَمَالُهُمَا لَهَا . فَإِنْ كَانَ أَبُوهَا خَلَّفَ بَنَتًا أُخْرَى مَعَهَا ، فَلَهُمَا ثُلُثَا مَالِ الْأَبِ بِالنَّسَبِ ، وَالْبَاقِي لِلْمُعْتَقَةِ بِالْوَلَاءِ ، وَمَالُ الْعَبْدِ جَمِيعُهُ لِلْمُعْتَقَةِ دُونَ أُخْتِهَا . وَيَتَخَرَّجُ عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، أَنْ يَكُونَ لَهُمَا ثُلُثَا مَالِ الْعَبْدِ أَيْضًا ، وَبَاقِيهِ لِلْمُعْتَقَةِ . وَلَوْ كَانَ الْأَبُ خَلَّفَ مَعَ الْمُعْتَقَةِ ابْنًا ، فَمَالُ الْأَبِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا بِالْبُنُوَّةِ ، وَمَالُ الْعَبْدِ كُلُّهُ لِلابْنِ دُونَ أُخْتِهِ الْمُعْتَقَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُ بِالنَّسَبِ ، وَالنَّسَبُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَلَاءِ . وَلَوْ خَلَّفَ الْأَبُ أَخًا ، أَوْ عَمًّا ، أَوْ ابْنَ عَمٍّ ، مَعَ الْبَنَتِ ، فَلِلْبَنَتِ نَصْفُ مِيرَاثِ أَبِيهَا ، وَبَاقِيهِ لِعَصَبَتِهِ ، وَمَالُ الْعَبْدِ لِعَصَبَتِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِبَنَتِهِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَةَ مِنَ النَّسَبِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمُعْتِقِ فِي الْمِيرَاثِ ، إِلَّا عَلَى رَوَايَةِ الْخِرَقِيِّ ، فَإِنَّ لِبَنَتِ نَصْفَ مِيرَاثِ الْعَبْدِ ، لَكُونِهَا بَنْتُ الْمُعْتِقِ ، وَبَاقِيهِ لِعَصَبَتِهِ . امْرَأَةٌ وَأَخُوهَا ، أَعْتَقَا أَبَاهُمَا ، ثُمَّ أَعْتَقَ

(١٢) في الأصل ، ١ : « مولاته » .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في ١ ، م : « ابنها » .

أبوهما عبداً ، ثم مات الأب ، فماله بينهما أثلاثاً ، ثم إذا مات العبدُ فميراثه للابن دون أخته ؛ لأنه ابن المعتق يرثه بالنسب ، وهي مولاة المعتق ، وابن^(١٥) المعتق مُقَدَّم^(١٦) على مولاة . فإن مات أخوها قبل أبيه ، وخَلَفَ بنتاً ، فماله بين ابنته وأبيه^(١٧) نصفين . ثم إذا مات الأب ، فقد خَلَفَ بنته وبنت ابنه ، وبنته مولاة نصفه ، فليبتَ النصف وليبتَ ابنه السدسُ ، ويبقى الثلثُ لبنته نصفه ، وهو السدسُ ؛ لأنها مولاة نصفه ، يبقى السدسُ لموالي الأخ إن كان ابنُ معتقه وهم أخته ، وموالي^(١٨) أمه ، فلا تختَ نصفُ السدسِ ، والنصفُ الباقي لموالي أمه ، فَحَصَلَ لِأَخِيهِ النِّصْفُ والرُّبْعُ^(١٩) ولابنته السدسُ^(٢٠) . وإن لم يكن ابنُ معتقه ، بل كانت أمه حرةً الأصل ، فلا ولاءَ عليه ، وتأخذُ أخته الباقي كله بالردِّ إن لم يُخَلَفِ الأبُ عَصَبَةً ، فإن خَلَفَ الأبُ عَصَبَةً من نَسَبِهِ ، كأخٍ أو عمٍّ أو ابنِ عمٍّ أو عمٍّ أبٍ ، فليبتَ النصفُ ،^(٢١) وليبتَ ابنه السدسُ^(٢٢) ، والباقي لعصبتِهِ . ولو اشترى رجلٌ وأخته أخاهما ، / ثم اشترى أخوهما عبداً فأعتقه ، ثم مات أخوهما ، فماله بينهما أثلاثاً . ثم إذا مات عتيقه ، فميراثه لأخيه دون أخته . ولو مات الأخُ المعتقُ قبل موتِ العبدِ ، وخَلَفَ ابنه ، ثم مات العبدُ ، فميراثه لابنِ أخيه دونها ؛ لأنه ابنُ أخِي المعتق . وإن لم يُخَلَفِ الأخُ إلَّا بنته ، فنصفُ مالِ العبدِ للأختِ ؛ لأنها مُعْتَقَةٌ نصفُ مُعْتِقِهِ ، ولا شيءَ لبنتِ الأخ ، روايةً واحدةً ، والباقي لبيتِ المالِ .

فصل : إذا خَلَفَ المَيِّتُ بنتَ مولاة ومولى أبيه ، فماله لبيتِ المالِ ؛ لأنه إذا ثَبَتَ

(١٥) في م : « ولأن » .

(١٦) في م : « يقدم » .

(١٧) في النسخ : « وابنه » .

(١٨) في الأصل ، ا : « ومولى » .

(١٩-١٩) في م : « والسدس » .

(٢٠-٢٠) سقط من : م .

عليه الولاء من جهة مباشرة بالعنق ، لم يثبت عليه بإعتاق أبيه ، وإذا لم يكن لمولاه إلا بنت لم يرث ؛ لأنها ليست عصبية ، وإنما يرث عصباء المولى ، فإذا لم يكن له عصبية ، لم يرجع إلى معتق أبيه . وكذلك إن كان له معتق أب أو معتق^(٢١) جد ، ولم يكن هو معتقا ، فميراثه لمعتق أبيه إن كان ابن معتقه ، ثم لعصبية معتق أبيه ، ثم لمعتق معتق أبيه . فإن لم يكن له أحد منهم ، فليبت المال ، ولا يرجع إلى معتق جدّه ، وإن كانت أمّه حرة الأصل ، فلا ولاء عليه ، وليس لمعتق أبيه شيء .

فصل : امرأة حرة لا ولاء عليها ، وأبواها رقيقان ، أعتق إنسان أباهما ، ويتصور هذا في موضعين ؛ أحدهما ، أن يكون جميعهم كفارا ، فتسلم هي ويسبى أبواها ، فيسترقان . والثاني ، أن يكون أبوها عبدا تزوج أمة على أنها حرة ، فولدتها ، ثم ماتت وخلفت معتق أبيها ، لم يرثها ؛ لأنه إنما يرث بالولاء ، وهذه لا ولاء عليها . وهكذا الحكم فيما إذا تزوج عبد حرة الأصل ، فأولدها ولدا ، ثم أعتق العبد ، ومات ، ثم مات الولد ، فلا ميراث لمعتق أبيه ؛ لأنه لا ولاء عليه . ولو كان ابنتان على هذه الصفة ، اشترت إحداهما أباهما ، فعتق عليها ، فلها ولاؤه ، وليس لها ولاء على أختها ، فإذا مات أبوهما ، فلهما الثلثان بالنسب ، ولها الباقي بالولاء ، فإذا ماتت / أختها ، فلها نصف ميراثها^(٢٢) بالنسب ، وباقيها لعصبتها ، فإن لم يكن لها عصبية ، فالباقي لأختها بالرد ، ولا ميراث لها منها بالولاء ؛ لأنها لا ولاء عليها .

فصل : ولا يرث من أقارب المعتق ذو فرض منفرد ، كالأخ من الأم والزوج ؛ لأن الولاء للعصبات ، وليس هؤلاء عصباء ، فحكمهم حكم النساء . وقد روى عن أحمد أنه قال : لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن ، أو أعتق من أعتقن ، إلا أن الملاءنة ترث من أعتق ابنها . وهذا يخرج على الرواية التي تقول : إن الملاءنة عصبية ابنها ، وهي أخت

(٢١) في ١ : ٥ : ومعتق .

(٢٢) في م : ٥ : ميراثه .

بالميراث من عَصَبَتِهَا ، فترث لكونها عَصَبَةً قَائِمَةً مَقَامَ أَبِيهِ ، فَأَمَّا عَلَى الرواية الأخرى ، فَإِنَّ الْوَلَاءَ يَكُونُ لِعَصَبَتِهَا .

١٠٦١ - مسألة ؛ قال : (وَالْوَلَاءُ لِأَقْرَبِ عَصَبَةِ الْمُتَعَقِّ)

وجملة ذلك أَنَّ الْمَوْلَى الْعَتِيقَ إِذَا لَمْ يُخْلَفْ مِنْ نَسَبِهِ مَنْ يَرِثُ مَالَهُ ، كَانَ مَالُهُ لِمَوْلَاهُ ، عَلَى مَا اسْتَلْفَنَاهُ . فَإِنْ كَانَ مَوْلَاهُ مَيِّتًا ، فَهُوَ لِأَقْرَبِ عَصَبَتِهِ ، سَوَاءً كَانَ وَلَدًا ، أَوْ أَبًا ، أَوْ أَخًا ، أَوْ عَمًّا ، أَوْ ابْنَ عَمٍّ ، أَوْ عَمَّ أَبٍ ، وَسَوَاءً كَانَ الْمُتَعَقِّ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنْ نَسَبِهِ ، كَانَ الْمِيرَاثُ لِمَوْلَاهُ ، ثُمَّ لِعَصَبَاتِهِ الْأَقْرَبِ فَلِأَقْرَبِ ، ثُمَّ لِمَوْلَاهُ ، وَكَذَلِكَ أَبَدًا . رَوَى هَذَا عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَصَاحِبَاهُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ فِي امْرَأَةٍ مَاتَتْ وَخَلَفَتْ ابْنَتُهَا وَأَخَاهَا ، أَوْ ابْنَ أَخِيهَا ، أَنَّ مِيرَاثَ مَوَالِيهَا لِأَخِيهَا وَابْنِ أَخِيهَا ، دُونَ ابْنَتِهَا . وَرَوَى عَنْهُ الرَّجُوعُ إِلَى مِثْلِ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ ، فَرَوَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّهُ قَالَ : اخْتَصَمَ عَلِيٌّ وَالزُّبَيْرُ فِي مَوَالِي صَفِيَّةَ بِنْتِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَقَالَ عَلِيٌّ : أَنَا أَحَقُّ بِهِمْ ، أَنَا أَرِثُهُمْ وَأَعْقِلُ عَنْهُمْ . وَقَالَ الزُّبَيْرُ : / هُمْ مَوَالِي أُمِّي ، وَأَنَا أَرِثُهُمْ . فَقَضَى عُمَرُ لِلزُّبَيْرِ بِالْمِيرَاثِ ، وَالْعَقْلَ عَلَى عَلِيٍّ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(١) ، قَالَ : حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ ، حَدَّثَنَا عُبَيْدَةُ الضَّبِّيُّ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، وَقَالَ : ثَنَا هُشَيْمٌ . ثَنَا الشَّيْبَانِيُّ ، عَنْ الشَّعْبِيِّ ، قَالَ : قَضَى بَوْلَاءِ مَوَالِي صَفِيَّةَ لِلزُّبَيْرِ دُونَ الْعَبَّاسِ ، وَقَضَى عُمَرُ فِي مَوَالِي أُمِّ هَانِيَةَ بِنْتِ أَبِي طَالِبٍ لِأَبِيهَا جَعْدَةَ بِنْتُ هُبَيْرَةَ دُونَ عَلِيٍّ . وَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ^(٢) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ ، أَنَّ امْرَأَةً أَعْتَقَتْ عَبْدًا لَهَا ، ثُمَّ تُوُفِّيَتْ ، وَتَرَكَتْ ابْنًا

(١) أخرجهما سعيد بن منصور ، في : باب الرجل يعتق فيموت ... السنن ١ / ٩٤ .

(٢) أخرجه الدارمي ، في : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٧٢ . وليس في المسند ، وانظر : إرواء الغليل ٦ / ١٣٦ .

لها^(٣) وأخاها . ثم تُوفِّي مَوْلَاهَا مِنْ بَعْدِهَا ، فَأَتَى أَخُو الْمَرْأَةِ وَابْنُهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي مِيرَاثِهِ ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مِيرَاثُهُ لِابْنِ الْمَرْأَةِ » . فَقَالَ أَخُوهَا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، لَوْ جَرَّ جَرِيرَةٌ كَانَتْ عَلَيَّ ، وَيَكُونُ مِيرَاثُهُ لِهَذَا ! قَالَ : « نَعَمْ » . وَرَوَى^(٤) بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الْمَوْلَى أَخٌ فِي الدِّينِ ، وَمَوْلَى النُّعْمَةِ يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِالْمُعْتَقِ » . إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَإِنَّ الْمُعْتَقَةَ إِذَا مَاتَتْ وَخَلَفَتْ ابْنَتَهَا وَأَخَاهَا أَوْ ابْنَ أَخِيهَا ، ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهَا ، فَمِيرَاثُهُ لَابْنَتِهَا ، وَإِنْ مَاتَ ابْنَتُهَا بَعْدَهَا وَقَبْلَ مَوْلَاهَا ، وَتَرَكْتَ عَصْبَةً ، كَأَعْمَامِهِ وَبَنِي أَعْمَامِهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ ، وَتَرَكَ أَخَا مَوْلَاتِهِ وَعَصْبَةً ابْنَتِهَا ، فَمِيرَاثُهُ لِأَخِي مَوْلَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ عَصْبَةِ الْمُعْتَقِ ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ كَانَتْ هِيَ الْمَيِّتَةَ ، لَوَرِثَهَا أَخُوهَا وَعَصْبَتُهَا ، فَإِنْ انْقَرَضَ عَصْبَتُهَا ، كَانَ بَيْتُ الْمَالِ أَحَقُّ بِهِ مِنْ عَصْبَةِ أَبِيهَا ، يُرَوَى نَحْوُ هَذَا عَنْ عَلِيٍّ . وَبِهِ قَالَ أَبَانُ بْنُ عَثْمَانَ ، وَقَبِيصَةُ بْنُ ذُوَيْبٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لِعَصْبَةِ الْإِبْنِ . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ . وَهَذَا يُرْجَعُ إِلَى أَنَّ الْوَلَاءَ لَا يُورِثُ كَمَا يُورِثُ الْمَالُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ نَحْوُ هَذَا . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ عَمْرُو بْنَ شُعَيْبٍ رَوَى عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رِيَابَ^(٥) بْنَ / حُذَيْفَةَ ، تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَوَلَدَتْ لَهُ ثَلَاثَةَ غِلْمَةٍ ، فَمَاتَتْ أُمُّهُمْ ، فَوَرِثُوا عَنْهَا وَلَاءَ مَوَالِيهَا ، وَكَانَ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ عَصْبَةً بَيْنَهَا ، فَأُخْرِجَهُمْ إِلَى الشَّامِ ، فَمَاتُوا ، فَقَدِمَ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ ، وَمَاتَ مَوْلَاهَا ، وَتَرَكَ مَالًا ، فَخَاصَمَهُ إِخْوَتُهَا إِلَى عُمَرَ ، فَقَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَا أَحْرَزَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ ، فَهُوَ لِعَصْبَتِهِ مَنْ كَانَ » . قَالَ : وَكَتَبَ لَهُ كِتَابًا فِيهِ شَهَادَةُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ

١٩٦/٦

(٣) سقط من : ١ .

(٤) لم نجده في المسند : وأخرجه الدارمي ، في : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٧٢ . والبيهقي ، في : باب الولاء للكبير من عصابة المعتق ... ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ١٠ / ٣٠٤ . وسعيد بن منصور ، في : باب الرجل يعتق فيموت ... ، السنن ١ / ٩٤ . كلهم عن الزهري مرسلًا .
(٥) في ١ ، م : « رثاب » بتحقيق الهمة . والمثبت في الأصل ، وهو ضبط المنذري . انظر : عون المعبود شرح سنن أبي داود ٣ / ٨٧ . وفي سنن ابن ماجه : « رباب » .

عَوْفٍ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَرَجُلٌ آخَرٌ . قَالَ فَنَحْنُ فِيهِ إِلَى السَّاعَةِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَه . فِي « سُنَنِهِمَا » ^(٦) . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ فَإِنَّ الْوَلَاءَ لَا يُورَثُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنَّمَا يُورَثُ بِهِ ، وَهُوَ بَاقٍ لِلْمُعْتَقِ ، يَرِثُ بِهِ أَقْرَبُ عَصَبَاتِهِ ، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ عَصَبَاتِهِ لَمْ يَرِثْ شَيْئًا ، وَعَصَبَاتُ الْإِبْنِ غَيْرُ عَصَبَاتِ أُمِّهِ ، فَلَا يَرِثُ الْأَجَانِبُ مِنْهَا بَوْلَائِهَا دُونَ عَصَبَاتِهَا . وَحَدِيثُ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ غَلَطٌ ، قَالَ حَمِيدٌ : النَّاسُ يُقْلَطُونَ ^(٧) عَمْرُو ابْنِ شُعَيْبٍ فِي هَذَا الْحَدِيثِ . فَعَلَى هَذَا لَا يَرِثُ الْمَوْلَى الْعَتِيقُ مِنْ أَقَارِبِ مُعْتِقِهِ إِلَّا عَصَبَاتَهُ ، الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ فَالْأَقْرَبُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ . وَلَا يَرِثُ ذُو فَرْضٍ بِفَرْضِهِ ، وَلَا ذُو رَجِيمٍ . فَإِنْ اجْتَمَعَ لِرَجُلٍ مِنْهُمْ فَرْضٌ وَتَعْصِيبٌ ، كَالْأَبِ وَالْجَدِّ ، وَالزَّوْجِ وَالْأَخِ مِنَ الْأُمِّ إِذَا كَانَا ابْنَيْ عَمٍّ ، وَرِثَ بِمَا فِيهِ مِنَ التَّعْصِيبِ ، وَلَمْ يَرِثْ بِفَرْضِهِ شَيْئًا . وَإِنْ كَانَ عَصَبَاتٌ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَالْبَيْنِ وَبَيْنِهِمْ ، وَالْإِخْوَةَ وَبَيْنَهُمْ ، وَالْأَعْمَامَ وَبَيْنَهُمْ ، اقْتَسَمُوا الْمِيرَاثَ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ . وَهَذَا كُلُّهُ لَا خِلَافَ فِيهِ سِوَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَقْوَالِ الشَّاذَّةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٠٦٢ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا مَاتَ الْمُعْتَقُ وَخَلَّفَ أَبَا مُعْتِقِهِ وَابْنَ مُعْتِقِهِ ، فَلِأَبِي مُعْتِقِهِ السُّدُسُ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْإِبْنِ)

١٩٦/٦ ظ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِهِ ؛ وَكَذَلِكَ قَالَ فِي جَدِّ / الْمُعْتَقِ وَابْنِهِ . وَقَالَ : لَيْسَ الْجَدُّ وَالْأَخُ وَالْإِبْنُ مِنَ الْكَبِيرِ فِي شَيْءٍ يَجْزِيهِمْ عَلَى الْمِيرَاثِ . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالتَّحَعُّيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي يُوسُفَ . وَيُرْوَى عَنْ زَيْدٍ أَنَّ الْمَالَ لِلْإِبْنِ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ،

(٦) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْوَلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢ / ١١٤ . وَابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ الْوَلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٢ / ٩١٢ .
كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١ / ٢٧ .
(٧) فِي انْهَادَةِ : عَنْ .

١٠٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ حَلَفَ أَحَا مُعْتِقِهِ وَجَدَّ مُعْتِقِهِ ، فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)

9197/7

(٣) تقدم تخریجه فی صفحه ٢٤٥ .

الأخ ، فيكون أَوْلَى ؛ لقول النبي ﷺ : « الْحَقُّوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، ^(٤) وما أَبَقَتْ الْفَرُوضُ » فَلَأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرَ ^(٥) . وفي لفظ : « فَلَأَوْلَى عَصْبَةِ ذَكَرٍ » . ولأنَّ الْجَدَّ أَبٌ ، فَيُقَدَّمُ عَلَى ابْنِ الْأَخِ ، كالأبِ الْحَقِيقِيِّ ، ولأنَّه يُقَدَّمُ فِي مِيرَاثِ الْمَالِ ، فَيُقَدَّمُ فِي الْمِيرَاثِ بِالْوَلَاءِ كسائرِ الْعَصَبَاتِ .

فصل : فإن اجتمع إخوة وجدٌ ، فميراث المولى بينهم ، كإل سنده . وإن اجتمع إخوة من أبوين وإخوة من أب ، عادَّ الإخوة من الأبوين الجدَّ بالإخوة من الأب ، ثم ما حصل لهم أخذَه ولَدُ الأبوين . وقال ابن سريج : يَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، وَلَا يُعَادُّ وَلَدُ الْأَبوينِ الْجَدَّ بولِدِ الأبِ . ولنا ، أَنَّهُ مِيرَاثُ بَيْنَ ^(٦) الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ ، فَأَشْبَهَ الْمِيرَاثَ بِالنَّسَبِ ، فَإِنْ كَانَ مَعَ الْإِخْوَةِ أَخَوَاتٌ ، لَمْ يُعْتَدَّ بِهِنَّ ؛ لِأَنَّهُنَّ لَا يَرِثْنَ مُتَفَرِّدَاتٍ ، فَلَا يُعْتَدُّ بِهِنَّ ، كَالْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ ، وَإِنْ انْفَرَدَ الْإِخْوَةُ مِنَ الْأَبِ مَعَ الْجَدِّ ، فَحُكْمُهُمْ حُكْمُ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأَبوينِ .

فصل : وإن تَرَكَ جَدَّ مَوْلَاهُ وَعَمَّ مَوْلَاهُ ، فَهُوَ لِلْجَدِّ . وكذلك إِنْ تَرَكَ جَدَّ أُمِّي مَوْلَاهُ ^(٧) وَعَمَّ مَوْلَاهُ ، أَوْ جَدَّ جَدَّ مَوْلَاهُ وَعَمَّ مَوْلَاهُ ، فَهُوَ لِلْجَدِّ ^(٨) . وبه يَقُولُ الثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ . وقال الشَّافِعِيُّ : هُوَ لِلْعَمِّ وَبَنِيهِ وَإِنْ سَفَلُوا ، دُونَ جَدِّ الْأَبِ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ . قال الشَّافِعِيُّ : وَمَنْ جَعَلَ الْجَدَّ وَالْأَخَ سَوَاءً ، فَجَدُّ الْأَبِ وَالْعَمُّ سَوَاءً ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ ابْنِ الْعَمِّ . ولنا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِالْمُعْتَقِ » . وَالْجَدُّ أَوْلَى بِالْمُعْتَقِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ أَوْلَى النَّاسِ بِمَالِهِ وَوَلَايَتِهِ ، وَيُقَدَّمُ فِي تَرْوِيحِهِ وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَالْعَجَبُ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ ، نَزَلَ الْجَدُّ أَبَا فِي وَلايَةِ / الْمَالِ وَوَلَايَةِ الْإِجْبَارِ عَلَى ١٩٧/٦ ظ

(٤-٤) في ١ : « فما أَبَقَتْ الْفَرَائِضَ » .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠ .

(٦) في م : « من » .

(٧-٧) سقط من : م .

التَّكَا ح ، وَوَأَفَقَ غَيْرَهُ فِي (٨) وَجُوبِ الْإِتْفَاقِ عَلَيْهِ وَعِثْقِهِ عَلَى ابْنِ أَيْنِهِ ، وَعِثْقِ ابْنِ أَيْنِهِ عَلَيْهِ ، وَائْتِفَاقِ الْقِصَاصِ عَنْهُ بِقَتْلِ ابْنِ أَيْنِهِ ، وَالْحَدِّ بِقَذْفِهِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ الْأَبِّ ، ثُمَّ جَعَلَ أَبْعَدَ الْعَصَبَاتِ أَوْلَى مِنْهُ بِالْوَلَاءِ .

١٠٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا هَلَكَ رَجُلٌ عَنْ ابْنَيْنِ وَمَوْلَى ، فَمَاتَ أَحَدُ الْابْنَيْنِ بَعْدَهُ عَنْ ابْنِهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى ، فَأَلْوَاءُ لِابْنِ مُعْتَقِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكَبِيرِ . وَلَوْ هَلَكَ الْابْنَانِ بَعْدَهُ وَقَبْلَ الْمَوْلَى ، وَخَلَفَ أَحَدُهُمَا ابْنًا ، وَالْآخَرُ تِسْعَةً ، كَانَ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشْرَةٌ)

هذا قول أكثر أهل العلم . قال الإمام أحمد : رَوَى هَذَا عَنْ عُمَرَ ، وَعُثْمَانَ ، وَعَلِيٍّ ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ . وَرَوَى سَعِيدٌ (١) ، ثَنَا هَشِيمٌ ، ثَنَا أَشْعَثُ بْنُ سَوَّارٍ ، عَنْ الشَّعْبِيِّ ، أَنَّ عُمَرَ ، وَعَلِيًّا ، وَابْنَ مَسْعُودٍ ، وَزَيْدًا ، كَانُوا يَجْعَلُونَ الْوَلَاءَ لِلْكَبِيرِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ ، وَأَبِي مَسْعُودٍ الْبَذَرِيُّ ، وَأُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَسَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَالْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَابْنُ قُسَيْطٍ (٢) ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَدَاوُدُ ، كُلُّهُمْ قَالُوا : الْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ . وَتَفْسِيرُهُ أَنَّهُ يَرِثُ الْمَوْلَى الْمُعْتَقُ مِنْ عَصَبَاتِ سَيِّدِهِ أَقْرَبُهُمْ إِلَيْهِ ، وَأَوْلَاهُمْ بِمِيرَاثِهِ يَوْمَ مَوْتِ (٣) الْعَبْدِ . قَالَ ابْنُ سِيرِينَ : إِذَا مَاتَ الْمُعْتَقُ نُظِرَ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الذِّي أَعْتَقَهُ ، فَيُجْعَلُ مِيرَاثُهُ لَهُ ، وَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ مَوْلَاهُ ، لَمْ يَنْتَقِلِ الْوَلَاءُ إِلَى عَصَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ ، لَا يَنْتَقِلُ ، وَلَا

(٨) سقط من : ١ ، م .

(١) في : باب الرجل يعتق فيموت ويترك ورثة ثم يموت المعتق . سنن سعيد بن منصور ١ / ٩٣ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب الولاء للكبير ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٧٥ . والبيهقي ، في :

باب الولاء للكبير من عصبية المعتق ... ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ١٠ / ٣٠٣ .

(٢) في الأصل : « نشيط » تحريف ، وتقدم في صفحة ٢٢٠ .

(٣) في ١ : يموت .

يُورَثُ ، وإِنَّمَا يُورَثُ بِهِ ، فهو باقٍ لِلْمُعْتِقِ أَبَدًا ، لا يزولُ عنه ، بدليل قوله عليه السلام : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٤) . وقوله : « الْوَلَاءُ لِحَمَّةٍ كُلِّحَمَةِ النَّسَبِ »^(٥) . وإِنَّمَا يَرِثُ عَصَبَةُ السَّيِّدِ مَالُ مَوْلَاهُ بَوَلَاءٍ مُعْتِقِهِ ، لا نَفْسُ الْوَلَاءِ . وَيُتَضَيِّحُ مَعْنَى هَذَا الْقَوْلِ بِمَسْأَلَتِي الْخِرَقِيِّ اللَّتْنِي / ذَكَرَهُمَا^(٦) هَهُنَا ، وهما : إِذَا مَاتَ رَجُلٌ عَنْ ابْنَيْنِ وَمَوْلَى ، فَمَاتَ أَحَدُ الْابْنَيْنِ بَعْدَهُ عَنْ ابْنِهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى ، وَرِثَهُ ابْنُ مُعْتِقِهِ دُونَ ابْنِ مُعْتِقِهِ ؛ لِأَنَّ ابْنَ مُعْتِقِهِ^(٧) أَقْرَبُ عَصَبَةِ سَيِّدِهِ . وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ ، وَخَلَفَ ابْنُهُ وَابْنُ ابْنِهِ ، لَكَانَ مِيرَاثُهُ لَابْنِهِ ، دُونَ ابْنِ ابْنِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ الْمَوْلَى . وَالْمَسْأَلَةُ الْأُخْرَى ، إِذَا هَلَكَ الْإِبْنَانِ بَعْدَهُ ، وَقَبْلَ مَوْلَاهُ ، وَخَلَفَ أَحَدُهُمَا ابْنًا ، وَالْآخَرُ تِسْعَةً ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى ، كَانَ مِيرَاثُهُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشْرَةٌ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ ، فَكَذَلِكَ مِيرَاثُ مَوْلَاهُ ، وَلَوْ كَانَ الْوَلَاءُ مُؤَرَّوْنًا لَأَنْعَكَسَ الْحُكْمُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ، فَكَانَ الْمِيرَاثُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى بَيْنَ الْإِبْنِ وَابْنِ الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّ^(٨) الْإِبْنَيْنِ وَرِثَا الْوَلَاءِ عَنْ أَبِيهِمَا ، ثُمَّ مَا صَارَ لِلْإِبْنِ الَّذِي مَاتَ انْتَقَلَ إِلَى ابْنِهِ ، فَصَارَ مِيرَاثُ الْمَوْلَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَمِّهِ نَصْفَيْنِ . وَفِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ يَصِيرُ لِابْنِ الْإِبْنِ الْمُتَفَرِّدِ نَصْفُ الْوَلَاءِ بِمِيرَاثِهِ ذَلِكَ عَنْ ابْنِهِ ، وَلِبْنَى الْإِبْنِ الْآخَرِ النِّصْفُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ . وَشَدَّ شُرَيْحٌ ، فَقَالَ : الْوَلَاءُ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِ ، يُورَثُ عَنْ الْمُعْتِقِ ، فَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا حَيَاتِهِ ، فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ . وَقَدْ حُكِيَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ الْمُسَيَّبِ ، نَحْوُ هَذَا . وَرَوَى^(٩) حَنْبَلٌ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ ، عَنْ أَحْمَدَ نَحْوَهُ . وَغَلَطَهُمَا أَبُو بَكْرٍ فِي رِوَايَتِهِمَا ، فَإِنَّ الْجَمَاعَةَ رَوَوْا عَنْ أَحْمَدَ مِثْلَ قَوْلِ الْجُمْهُورِ . قَالَ أَبُو الْحَارِثِ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْوَلَاءِ لِلْكَبِيرِ ، فَقَالَ : كَذَا رَوَى عَنْ عُمَرَ ،

(٤) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

(٦) في م : « ذَكَرْنَاهُمَا » .

(٧) في الأصل ، م : « ابْنِ الْمُعْتِقِ » .

(٨) في م : « كَأَنَّ » .

(٩) في م زيادة : « عَنْ » .

وعثمان ، وعلى ، وزيد ، وابن مسعود ، أنهم قالوا : الولاء للكبير ، إلى هذا القول أذهب . وتفسير ذلك أن يُعْتَقَ الرجل عبداً ، ثم يموت ويُخْلَفَ ابْنَيْنِ ، فيموت أحد الابنين ، ويُخْلَفَ ابناً ، فولاء هذا العبد المُعْتَقِ لابن المُعْتَقِ ، وليس لابن الابن شيء مع الابن . وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه ^(١٠) ، والقياس على المال . ولنا ، / قول النبي ﷺ : « المولى أخ في الدين ، وولي نعم ، وأولى الناس بميراثه ^(١١) أقربهم من المُعْتَقِ » ^(١٢) . وقوله عليه السلام : « الولاء لمن أعتق » ^(١٣) . وقوله : « الولاء لخمّة كلخمّة النسب » ^(١٤) . ولأنه من أسباب التوارث ، فلم يورث ، كالقربة والنكاح ، ولأنه إجماع من الصحابة لم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه ، ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول ، وحكاة الشعبي والأئمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم ، ولا يصح اعتبار الولاء بالمال ؛ لأن الولاء لا يورث ، بدليل أنه لا يرث منه ^(١٥) ذوو الفروض ^(١٦) ، وإنما يورث به ، فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصباته يوم موت العبد والمُعْتَقِ ، فيكون هو الوارث للمولى ^(١٧) دون غيره ، كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده ، فإذا خلف ابن مولا ، وابن ابن مولا ، فماله لابن مولا . وإن خلف ابن ابن مولا ، وتسعة بنى ابن آخر لمولا ، فماله بينهم على عددهم ، لكل واحد عشره ؛ لأنهم يرثون جدّهم كذلك . ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه ، فمات ابنه بعده عن ابن ، ثم مات عتيقه ، فميراثه بين ابني الابن نصفين . وفي قول شريح ، هو لابن الابن الذي كان حياً عند موت ابنه . وإن مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين ، فمات الأخ من الأب عن ابن ، ثم مات العتيق ، فماله لابن الأخ من الأبوين . وفي قول شريح ، هو لابن الأخ من الأب . وإن لم

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٢٤٥ .

(١١) في م : ٤٤ .

(١٢) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

(١٤-١٥) في ١ : ذو الفرض .

(١٥) في ١ ، م : المولى .

يُخَلِّفُ عَصْبَةً مِنْ نَسَبِ مَوْلَاهُ ، فَمَالُهُ لِمَوْلَى مَوْلَاهُ ، ثُمَّ لِأَقْرَبِ عَصَبَاتِهِ ، ثُمَّ لِمَوْلَى مَوْلَاهُ ، فَإِذَا انْقَرَضَ عَصَبَاتُهُ وَمَوَالِي الْمَوَالِي وَعَصَبَاتُهُمْ ، فَمَالُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ .

١٠٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، فَلَوْلَاهُ لِإِنِّهِ ، وَعَقْلُهُ عَلَى عَصَبَتِهِ)

هذه المسألة محمولة على أَنَّ الْمُعْتَقَ لَمْ يُخَلِّفْ عَصْبَةً مِنْ نَسَبِهِ ، وَلَا وَارِثًا مِنْهُمْ ، إِذْ لَوْ خَلَّفَ وَارِثًا مِنْ نَسَبِهِ أَوْ عَصَبَتِهِ ، كَانُوا أَحَقَّ / بِمِيرَاثِهِ وَعَقْلِهِ مِنْ عَصَبَاتِ مَوْلَاهُ وَوَلَدِهِ ، فَلَيْسَ فِي ذَلِكَ إِشْكَالٌ . وَإِذَا لَمْ يُخَلِّفْ إِلَّا ابْنَ مَوْلَاهُ وَعَصْبَةَ مَوْلَاهُ ، فَمَالُهُ لِابْنِ مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ عَصَبَاتِ الْمُعْتَقِ ، وَعَقْلُهُ إِنْ جَنَى جَنَائَةً عَلَى عَصْبَةِ مَوْلَاهُ إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ امْرَأَةً ؛ لِمَا رَوَى إِبْرَاهِيمُ قَالَ : اخْتَصَمَ عَلِيٌّ وَالزُّبَيْرُ فِي مَوْلَى صَفِيَّةَ فَقَالَ عَلِيٌّ : مَوْلَى عَمَّتِي وَأَنَا أَعْقِلُ عَنْهُ ، وَقَالَ الزُّبَيْرُ : مَوْلَى أُمِّي وَأَنَا أَرْتُهُ . فَقَضَى عَمْرُ لِلزُّبَيْرِ بِالْمِيرَاثِ ، وَقَضَى عَلَى عَلِيٍّ بِالْعَقْلِ . ذَكَرَ هَذَا الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَرَوَاهُ سَعِيدُ فِي « السُّنَنِ » ^(١) وَغَيْرُهُ ، وَهِيَ قَضِيَّةٌ مَشْهُورَةٌ ، وَعَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ : قَضَى بِوَلَدِ ^(٢) صَفِيَّةَ لِلزُّبَيْرِ دُونَ الْعَبَّاسِ ، وَقَضَى بِوَلَدِ أُمِّ هَانِيءَ لِجَعْدَةَ بْنِ هُبَيْرَةَ دُونَ عَلِيٍّ ^(٣) . وَلَا يَمْتَنِعُ كَوْنُ الْعَقْلِ عَلَى الْعَصْبَةِ وَالْمِيرَاثِ لِغَيْرِهِمْ ^(٤) ، كَمَا قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِمِيرَاثِ النَّبِيِّ ﷺ الَّتِي قُتِلَتْ هِيَ وَجَنَّتُهَا لَبْنِيهَا ، وَعَقْلُهَا عَلَى الْعَصْبَةِ ^(٥) . وَقَدْ رَوَى زِيَادُ بْنُ أَبِي مَرْيَمَ ، أَنَّ امْرَأَةً أَعْتَقَتْ عَبْدًا لَهَا ، ثُمَّ تُوفِّقَتْ وَتَرَكَتْ ابْنًا لَهَا وَأَخَاهَا ، ثُمَّ تُوفِّيَ مَوْلَاهَا مِنْ بَعْدِهَا ، فَأَتَى أَخُو الْمَرْأَةِ وَابْنُهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي مِيرَاثِهِ ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مِيرَاثُهُ لِابْنِ الْمَرْأَةِ » . فَقَالَ أَخُوهَا : لَوْ جَرَّ ^(٥) جَرِيرَةً كَانَتْ

(١) تقدم تخريجها في صفحة ٢٤٤ .

(٢) في الزيادة : « مولى » .

(٣) في م : « لغيره » .

(٤) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء أن الأموال للورثة ... ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذی

٨ / ٢٦٠ - ٢٦٢ . والنسائي ، في : باب دية جنين المرأة ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨ / ٤٢ .

(٥) سقط من : م .

على ، ويكون ميراثه لهذا ! قال : « نَعَمْ »^(٦) . وإنما حَمَلْنَا مسألة الخَرْقَى على ما إذا كان الْمُعْتَقُ امرأةً ؛ لأنَّ الأخبارَ التي رَوَيْنَاهَا إِنَّمَا وَرَدَتْ فيها ، ولأنَّ المرأةَ لَا تَعْقِلُ ، وابْنُهَا ليس من عَشِيرَتِهَا ، فلا تَعْقِلُ عن مُعْتَقِهَا ، وَعَقْلُهَا عَنْهَا عَصَبَاتُهَا^(٧) من عَشِيرَتِهَا . أمَّا الرَّجُلُ الْمُعْتَقُ ، فَإِنَّهُ يَعْقِلُ عن مُعْتَقِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ من أَهْلِ الْعَقْلِ ، وَيَعْقِلُ ابْنُهُ وَأَبُوهُ ؛ لِأَنَّهُمَا من عَصَبَاتِهِ وَعَشِيرَتِهِ ، فلا يُلْحَقُ ابْنُهُ في نَفْيِ الْعَقْلِ عَنْه بَابِنِ الْمَرْأَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فإن كان المولى حياً ، وهو رجلٌ عاقلٌ مُوسِرٌ ، فعليه من الْعَقْلِ وله الميراثُ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ مُعْتَقِهِ ، وإن كان صَبِيًّا أو امرأةً أو مُعْتَوْهَا ، فالعقلُ على عَصَبَاتِهِ ، والميراثُ له ؛ لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ الْعَقْلِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ جَنَوْا جِنَايَةً خَطَأً ، كان الْعَقْلُ على عَصَبَاتِهِمْ ، ولو جُنِيَ عَلَيْهِمْ كان الْأَرْشُ لَهُمْ .

فصل : ولا يَرِثُ الْمَوْلَى من أَسْفَلَ مُعْتَقَهُ . في قول عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحُكِيَ عن شُرَيْحٍ ، وطاوسٍ ، أَنَّهُمَا وَرَّثَاهُ ؛ لما رَوَى سَعِيدٌ ، عن سُفْيَانَ ، عن عمرو بن دينارٍ ، عن عَوْسَجَةَ ، عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ رَجُلًا تَوَفَّى على عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وليس له وارثٌ إِلَّا غُلَامٌ له هو أَعْتَقَهُ ، فَأَعْطَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِيرَاثَهُ . قال التِّرْمِذِيُّ^(٨) : هذا حديثٌ حسنٌ . وَرَوَى عن عمرَ نَحْوُ هذا . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٩) . ولأنَّهُ لم يَنْعَمْ عليه ، فلم يَرِثْهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وإِعْطَاءُ النَّبِيِّ ﷺ له قَضِيَّةٌ في عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَارِثًا بِجِهَةِ غَيْرِ الْإِعْتَاقِ ، وتكونُ فائدةُ الْحَدِيثِ أَنَّ إِعْتَاقَهُ له لم يَمْنَعْهُ مِيرَاثَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَعْطَاهُ صِلَةً^(١٠) وَتَفَضُّلاً . إِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ لَا يَرِثُهُ فلا يَعْقِلُ عَنْهُ . وقال الشافعيُّ في الْقَدِيمِ : يَعْقِلُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ سَيِّدُهُ أَنْعَمَ عليه ، فجازَ أَنْ يَغْرَمَ عَنْهُ . ولنا ، أَنَّ الْعَقْلَ على الْعَصَبَاتِ ، وليس هذا مِنْهُمْ . وما ذَكَرَهُ لا أَصْلَ له ، وَيَنْعَكِسُ

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢٤٤ .

(٧) في م : « عصباته » .

(٨) في : باب في ميراث المولى الأسفل ، من أبواب الفرائض . عارضة الأخوذى ٨ / ٢٥٦ .

(٩) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١٠) في م : « صلة » .

كسائر العاقلة ، فإنه لم يُنعم عليه ويُعقلون عنه ، ويتنقض بما إذا قضى إنسان ذين آخر ، فقد غرم عنه ، ولا يعقل عنه^(١١) .

فصل : فإن أسلم الرجل على يدي الرجل ، لم يرثه بذلك . في قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والشَّعْبِيُّ ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقد روى عن أحمد ، رحمه الله ، رواية أخرى ، أنه يرثه . وهو قول إسحاق . وحكى عن إبراهيم أن له ولأهـ ويعقل عنه . وعن ابن المسيب : إن عقل عنه ورثه ، وإن لم يعقل عنه لم يرثه . وعن عمر ابن الخطاب ، وعمر بن عبد العزيز ، رضي الله عنهما ، / أنه يرثه وإن لم يواله ؛ لما روى راشد بن سعيد ، قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ أسلم على يدي رجل ، فهو مولاة ، يرثه ويدي عنه » . رواه سعيد^(١٢) ، وقال أيضا^(١٣) : حدثنا عيسى بن يونس ، ثنا معاوية ابن يحيى الصدفي ، عن القاسم الشامي ، عن أبي أمانة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ أسلم على يدي رجل ، فله ولأوه » . وروى^(١٤) بإسناده عن نعيم الداري ، أنه قال : يا رسول الله ، ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين ؟ فقال : « هو أولى الناس بمحياه ومماته » . رواه أبو داود والترمذي^(١٥) ، وقال : لا أظنه متصلا . ولنا ، قول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَغْتَقَّ »^(١٥) . ولأن أسباب التوارث

(١١) سقط من : م .

(١٢) في : باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم ، السنن ١ / ٧٨ .

(١٣) في الباب السابق ، الموضع السابق .

(١٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يسلم على يدي الرجل ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في ميراث الذي يسلم على يدي الرجل ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٦٥ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ٨ / ١٩٢ مختصرا . وابن ماجه ، في : باب الرجل يسلم على يدي الرجل ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٩ . والدارمي ، في : باب في الرجل يوالى الرجل ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٧٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٠٢ ، ١٠٣ .

(١٥) تقدم ترجمه في : ٨ / ٣٥٩ .

غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِيهِ ، وَحَدِيثُ رَاشِدٍ مُرْسَلٌ ، وَحَدِيثُ ^(١٦) «أَبَى أَمَامَةٍ فِيهِ مَعَاوِيَةُ» ^(١٧) بَنِي يَحْيَى الصَّدْفِيُّ ، وَهُوَ ضَعِيفٌ ، وَحَدِيثُ ثَمِيمٍ تَكَلَّمَ التَّرْمِذِيُّ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ عَاقَدَ رَجُلٌ رَجُلًا ، فَقَالَ : عَاقَدْتُكَ عَلَى أَنْ تَرْتِنِي وَأُرْتُكَ ، وَنَعْقَلَ عَنِّي وَأَعْقَلَ عَنكَ . فَلَا حُكْمَ لِهَذَا الْعَقْدِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ إِرْثٌ وَلَا عَقْلٌ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ عَقْدٌ صَحِيحٌ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ ^(١٨) ، مَا لَمْ يَعْقِلْ وَاحِدٌ عَنِ الْآخَرِ ، فَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ ، لَزِمَ ، وَيَرْتِنُهُ إِذَا لَمْ يُخْلَفْ ذَا رَحِمٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيحَتُهُمْ ﴾ ^(١٩) . وَلَئِنْ هَذَا كَالْوَصِيَّةِ ، وَوَصِيَّةٌ الَّتِي لَا وَاثَرَ لَهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ جَائِزَةٌ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وَلَئِنْ أَسْبَابُ التَّوَارِثِ مَحْصُورَةٌ فِي رَحِمٍ وَنِكَاحٍ وَوَلَاءٍ ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْهَا ، وَالآيَةُ مَنْسُوخَةٌ بِآيَةِ الْمِيرَاثِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَرِثُ مَعَ ذِي رَحِمٍ شَيْئًا . قَالَ الْحَسَنُ : نَسَخَتْهَا : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ^(٢٠) . وَقَالَ مُجَاهِدٌ : فَأَتَوْهُمْ نَصِيحَتُهُمْ مِنَ الْعَقْلِ وَالتَّنَصُّرَةِ وَالرَّفَادَةِ . وَلَيْسَ هَذَا بِوَصِيَّةٍ ^(٢١) ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا يَعْقِلُ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ، وَهَذَا عَنْدَهُمْ بِخِلَافِهِ .

فصل : وَاللَّقِيطُ حُرٌّ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ . فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ ، وَفُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ . وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، أَنَّ وِلَاءَهُ لِمُلْتَقِطِهِ . وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَإِسْحَاقُ . وَعَنْ إِبْرَاهِيمَ : إِنْ نَوَى أَنْ يَرِثَ مِنْهُ فَذَلِكَ . وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمَرْأَةُ تَحُورُ » ^(٢٢) ثَلَاثَةَ مَوَارِثَ ؛ لِقِطْعَتِهَا ، وَعَتِيقَتِهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَتْ عَلَيْهِ ^(٢٣) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وَلَئِنْ لَيْسَ بِقَرَابَةٍ وَلَا عَتِيقٍ وَلَا ذِي نِكَاحٍ ، فَلَا يَرِثُ كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَالْحَدِيثُ فِيهِ كَلَامٌ .

(١٦-١٧) في م : « معاوية فيه أمانة » . خطأ .

(١٧) في أ : « فيه » .

(١٨) سورة النساء ٣٣ .

(١٩) سورة الأنفال ٧٥ .

(٢٠) في م : « يوصلة » .

(٢١) في الأصل ، أ : « تحور » .

(٢٢) تقدم تخريجه في ٨ / ٣٥٩ .

كتاب الودیعة

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(١) . وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ ﴾ ^(٢) . وأما السنة فقول رسول الله ﷺ : « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ اسْتَمَنَّكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » ^(٣) . وروى عنه عليه السلام ، أنه كانت عنده ودائع ، فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن ، وأمر علياً أن يردها على أهلها ^(٤) . وأما الإجماع ، فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع ، والعبارة تقتضيها ، فإن بالناس إليها حاجة ، فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ، ويحتاجون إلى من يحفظه ^(٥) لهم . والوديعة فعيلة ، من ودع الشيء : إذا تركه ، أى هى متروكة عند المودع . واشتقاقها من السكون . يقال ^(٦) : ودع ، يدع . فكأنها ساكنة عند المودع مستقرّة . وقيل : هى مشتقة من الخفض والدعة ، فكأنها فى دعة عند المودع . وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة ؛ لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته . وهى عقد جائز من الطرفين ، متى أراد المودع أخذ وديعته لزيم المستودع ردّها ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ . فإن أراد

(١) سورة النساء ٥٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٠ .
والترمذى ، فى : باب حدثنا ... ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٨ . والدارمى ، فى : باب فى أداء الأمانة ... ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤١٤ .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى الترغيب فى أداء الأمانات ، من كتاب الوديعة . السنن الكبرى ٦ / ٢٨٩ .

(٥) أى المال . وفى م : « يحفظ » .

(٦) فى ١ ، م : « يقول » .

المُسْتَوْدَعُ رَدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، لَزِمَهُ قَبُولُهَا^(٧) ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ / مُتَبَرِّعٌ بِإِمْسَاكِهَا^(٨) ؛ ٢٠١/٦ و
فَلَا يَلْزِمُهُ التَّبَرُّعُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ .

١٠٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ عَلَى مُودِعِ ضَمَانٍ ، إِذَا لَمْ يَتَعَدَّ)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّ الْوَدِيعَةَ أَمَانَةٌ ، فَإِذَا تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنَ الْمُوْدِعِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ ،
سِوَاءَ ذَهَبَ مَعَهَا شَيْءٌ مِنْ مَالِ الْمُوْدِعِ أَوْ لَمْ يَذْهَبْ . هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ
ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَالتَّحَفِيُّ ،
وَمَالِكٌ ، وَأَبُو الزِّنَادِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ
أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى ، إِنَّ ذَهَبَ الْوَدِيعَةُ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ غَرَمَهَا ؛ لَمَّا رُوِيَ عَنْ عَمْرِو بْنِ
الْحُطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ ضَمَّنَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ وَدِيعَةً ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ^(٩) . قَالَ
الْقَاضِي : وَالْأَوَّلَى^(١٠) أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّاها أَمَانَةً ، وَالضَّمَانُ يُنَافِي الْأَمَانَةَ .
وَيُرْوَى عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ عَلَى
الْمُسْتَوْدَعِ ضَمَانٌ »^(١١) . وَيُرْوَى عَنْ الصَّحَابَةِ الَّذِينَ ذَكَرْنَاهُمْ . وَلِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ
مُؤْتَمِّنٌ ، فَلَا يَضْمَنُ مَا تَلَفَ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّيهِ وَتَفْرِيطِهِ ، كَالَّذِي ذَهَبَ مَعَ مَالِهِ ، وَلِأَنَّ
الْمُسْتَوْدَعَ إِنَّمَا يَحْفَظُهَا لِصَاحِبِهَا مُتَبَرِّعًا ، مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ يَرْجِعُ إِلَيْهِ^(١٢) فَلَوْ لَزِمَهُ الضَّمَانُ
لَا مَتْنَعَ النَّاسُ مِنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ ، وَذَلِكَ مُضِرٌّ ؛ لَمَّا بَيَّنَّاهُ مِنَ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، وَمَا رُوِيَ عَنْ
عَمْرِو مَحْمُولٌ عَلَى التَّفْرِيطِ مِنْ أَنَسٍ فِي حِفْظِهَا ، فَلَا يُنَافِي مَا ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا إِنْ تَعَدَّى

(٧) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « قَبُولُهُ » .

(٨) فِي ب : « بِإِمْسَاكِهَا » .

(٩) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمِّنٍ ، مِنْ كِتَابِ الْوَدِيعَةِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٦ / ٢٨٩ .

(١٠) فِي أ ، م : « الْأَوَّلَى » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي التَّرْغِيبِ فِي آدَاءِ الْأَمَانَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَدِيعَةِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى
٦ / ٢٨٩ .

وَأَخْرَجَهُ بَنُحُوهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ الْوَدِيعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَه ٢ / ٨٠٢ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ،
فِي : كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٣ / ٤١ . وَأَوْرَدَهُ الْحَافِظُ فِي تَلْخِيسِ الْحَبِيرِ ٣ / ٩٧ .

(١٢) فِي م : « عَلَيْهِ » .

المُسْتَوْذَعُ فِيهَا ، أَوْ فَرَطَ فِي حِفْظِهَا ، قَتَلَتْ ، ضَمِنَهَا^(٥) ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَلَفٌ لِمَالٍ غَيْرِهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ مِنْ غَيْرِ اسْتِيدَاعٍ .

فصل : إِذَا شَرَطَ رَبُّ الْوَدِيعَةِ عَلَى الْمُسْتَوْذَعِ ضَمَانَ الْوَدِيعَةِ ، فَقَبِلَهُ أَوْ قَالَ : أَنَا ضَامِنٌ لَهَا . لَمْ يَضْمَنْ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الْمَوْذَعِ : إِذَا قَالَ : أَنَا ضَامِنٌ لَهَا^(٦) . فَسُرِقَتْ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أَصْلُهُ الْأَمَانَةُ ، كَالْمُضَارَبَةِ / ، وَمَالِ الشَّرِكَةِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالْوَكَالَةِ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ شَرَطَ ضَمَانَ مَا لَمْ يُوْجَدْ سَبَبُ ضَمَانِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمَهُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ ضَمَانَ مَا يَتَلَفُ فِي يَدِ مَالِكِهِ .

١٠٦٧ - مسألة ؛ قَالَ : (فَإِنْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ ، وَهِيَ لَا تَتَمَيَّزُ ، أَوْ لَمْ يَحْفَظْهَا كَمَا يَحْفَظُ مَالَهُ ، أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرُهُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ)

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، أَنَّ الْمُسْتَوْذَعَ إِذَا خَلَطَ الْوَدِيعَةَ بِمَا لَا^(١) تَتَمَيَّزُ مِنْهُ مِنْ مَالِهِ أَوْ مَالٍ غَيْرِهِ ، ضَمِنَهَا ، سَوَاءً خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا ، أَوْ دُونَهَا ، أَوْ أَجُودَ مِنْ جِنْسِهَا أَوْ مِنْ^(٢) غَيْرِ جِنْسِهَا ، مِثْلَ أَنْ يَخْلُطَ دَرَاهِمَ بَدَرَاهِمَ ، أَوْ دُهْنًا بِدُهْنٍ ، كَالزَّيْتِ بِالزَّيْتِ ، أَوِ السَّمْنِ ، أَوْ بغيرِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ خَلَطَ دَرَاهِمَ بَدَرَاهِمَ عَلَى وَجْهِ الْجُرْزِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، لَا يَضْمَنْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ دُونَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّهَا إِلَّا نَاقِصَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَلَطَهَا بِمَالِهِ خَلَطًا لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ^(٣) ، فَوَجِبَ أَنْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ خَلَطَهَا بِدُونِهَا ، وَلِأَنَّهُ إِذَا خَلَطَهَا بِمَا لَا يَتَمَيَّزُ ، فَقَدْ قَوَّتْ عَلَى نَفْسِهِ إِمْكَانُ رَدِّهَا ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ أَلْقَاهَا فِي لُجَّةِ بَحْرِ .

(٥) فِي م : « ضَمِنَ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(١) فِي أ ، م : « لَمْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م .

وإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ، ففعل ذلك ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه فعل ما أمر به ، فكان نائبا عن المالك فيه . وقد نقل مهنّا عن أحمد ، في رجل استودع عشرة دراهم ، واستودعه آخر عشرة ، وأمره أن يخلطها ، فخلطها ، فضاعت الدراهم ، فلا شيء عليه . فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ، ولم يأمره الآخر ، فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى . وإن اختلطت هي بغير تقريظ منه ، فلا ضمان عليه ؛ لأنها لو تلفت بذلك لم يضمن^(٤) ، فخلطها أولى . وإن خلطها غيره ، فالضمان على من خلطها ؛ لأنّ العدوان منه ، فالضمان / عليه ، كما لو ألتفها . المسألة الثانية ، إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله ، وهو أن يحرزها بحرز مثلها ، فإنه يضمنها . وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة . وهذا إذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه ، فإن عين له لزمه^(٥) حفظها فيما أمره به ، سواء كان حرز مثلها أو لم يكن . وإن أخرزها بمثله أو أعلى منه ، لم يضمنها . ويخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة . المسألة الثالثة ، إذا أودعها غيره . ولها صورتان ؛ إحداهما ، أن يودعها غيره لغير غدير ، فعليه الضمان . بغير خلاف في المذهب . وهو قول شريح ، ومالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة وأصحابه ، وإسحاق . وقال ابن أبي ليلى : لا ضمان عليه ؛ لأنّ عليه حفظها وإحرازها ، وقد أخرزها عند غيره وحفظها به ، ولأنّ يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله ، فلم يضمنها ، كما لو^(٦) حفظها في حرزه . ولنا ، أنّه خالف المودع فضمينها . كما لو نهاه عن إيداعها . وهذا صحيح ؛ فإنه أمره بحفظها بنفسه^(٧) ، ولم يرض لها غيره . فإذا ثبت هذا ، فإنّ له تضمين الأول ، وليس للأول الرجوع على الثاني ؛ لأنه دخل معه في العقد على أنّه أمين له لا ضمان عليه . وإن أحبّ المالك تضمين الثاني ، فذكر القاضي أنّه ليس له تضمينه ، في ظاهر كلام أحمد ؛ لأنه ذكر

(٤) في ب : « يضمنها » .

(٥) في الأصل ، ب : « لزم » .

(٦-٧) سقط من : ب .

الضَّمانَ على الأوَّل فقط . وهذا مذهبُ أبي حنيفة ؛ لأنَّه قَبَضَ قَبْضًا مُوجِبًا لِلضَّمانِ على الأوَّل ، فلم يُوجِبْ ضَمَانًا آخَرَ ، وفارَقَ القَبْضَ من الغاصِبِ ؛ فإنَّه لم يُوجِبِ الضَّمانَ على الغاصِبِ ، إلَّا ما لَرَمَهُ الضَّمانُ بالعَصَبِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ تَضَمُّينَ الثَّانِي أَيْضًا ؛ لأنَّه قَبَضَ مالَ غَيْرِهِ على وَجْهِه لم يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ ، ولم يَأْذَنْ لَهُ مالُكُهُ ، فَيَضْمَنُهُ ^(٧) ، كَالقَابِضِ من الغاصِبِ ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ أَحْمَدُ ^(٨) الضَّمانَ على الأوَّلِ لا يَنْفِي الضَّمانَ عن الثَّانِي ، كما أَنَّ الضَّمانَ يَلْزَمُ الغاصِبَ / ، ولا يَنْفِي وَجُوبَهُ على القَابِضِ مِنْهُ . فعَلَى هَذَا يَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الأوَّلِ ، فَإِنْ ضَمَّنَهُ لم يَرْجِعْ على أَحَدٍ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِي رَجَعَ ^(٩) على الأوَّلِ . وهذا القولُ أَشْبَهُ بالصَّوَابِ ، وما ذَكَرْنَا للقولِ الأوَّلِ لا أَصْلَ لَهُ ، ثُمَّ هُوَ مُنْتَقِضٌ بما إِذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى إِنْسَانٍ عَارِيَّةً ، أَوْ هَبَّةً ، أَوْ وَدِيعَةً لِنَفْسِهِ ، فَأَمَّا إِنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ ^(١٠) بِحِفْظِ مَالِهِ ^(١١) مِنْ أَهْلِهِ ، كَأَمْرَأَتِهِ وَغُلَامِهِ ، لم يَضْمَنْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَضْمَنْ ؛ لأنَّه سَلَّمَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ لم يَرْضَ بِهِ صَاحِبُهَا ، فَضَمَّنَهَا . كَمَا لو سَلَّمَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَفِظَهَا بما يَحْفَظُ بِهِ مَالَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالَهُ حَفِظَهَا بِنَفْسِهِ ، وَكَأَنَّ لَوْ دَفَعَ الْمَاشِيَّةَ إِلَى الرَّاعِي ، أَوْ دَفَعَ الْبَهِيمَةَ إِلَى غُلَامِهِ لَيَسْقِيَهَا ، وَيُفَارِقُ الْأَجْنَبِيَّ ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ لا يُعَدُّ حِفْظًا مِنْهُ . الصُّورَةُ الثَّانِيَّةُ ، إِذَا كَانَ لَهُ عُذْرٌ ، مِثْلُ أَنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَ نَفْسِهِ مِنْ حَرِّقٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَهَذَا إِنْ قَدَّرَ عَلَى رَدِّهَا عَلَى صَاحِبِهَا أَوْ وَكِيلِهِ فِي قَبْضِهَا ، لم يَجْزُ لَهُ دَفْعُهَا إِلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمَّنَهَا ؛ لأنَّه دَفَعَهَا إِلَى غَيْرِ مَالِكِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ^(١٢) مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ ، فَضَمَّنَهَا ، كَمَا لو أَوْدَعَهَا فِي الصُّورَةِ الْأُولَى . وَإِنْ لم يَقْدِرْ عَلَى صَاحِبِهَا وَلَا وَكِيلِهِ ، فَلَهُ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، سَوَاءً كَانَ بِهِ ضَرُورَةٌ إِلَى السَّفَرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لأنَّه مُتَبَرِّعٌ بِإِمْسَاكِهَا ، فَلَا يَلْزَمُهُ

(٧) فِي م : « فَضَمَّنَهُ » .

(٨) فِي الزَّيَادَةِ : « أَنْ » .

(٩) فِي ١ ، م : « يَرْجِعُ » .

(١٠ - ١١) فِي م : « بِحِفْظِهَا » .

(١٢) فِي م : « إِذْنُ مِنْهُ » .

استدأته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته . وإن أودعها مع قدرته على الحاكم ، ضمنتها ؛ لأن غير الحاكم لا ولاية له . ويحتمل أن يجوز له إيداعها ؛ لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها . وإن لم يقدر على الحاكم ، فأودعها ثقة ، لم يضمنها ؛ لأنه موضع حاجة . وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها ، ثم تأول كلامه / على أنه أودعها من غير حاجة ، أو مع قدرته على الحاكم . وإن دفنها في موضع ، وأعلم بها ثقة يده على الموضع ، وكانت مما لا يضرها الدفن ، فهو كإيداعها عنده ، وإن لم يعلم بها أحدا ، ضمنتها ؛ لأنه قرط في حفظها ، فإنه ^(١٢) لا يأمَن أن يموت في سفره ، فلا تصل إلى صاحبها ، وربما نسي مكانها ، أو أصابه آفة من هدم أو حريق أو غرق ، فتضيع . وإن أعلم بها غير ثقة ، ضمنتها ؛ لأنه ربما أخذها . وإن أعلم بها ثقة لا يد له على المكان ، فقد قرط ، لأنه لم يودعها إيأه ^(١٣) ، ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

فصل : وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ، ضمنتها ؛ لأنه مخالف لصاحبها ، وإن لم يكن نهاه ، لكن الطريق مخوف ، أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ، ضمنتها ؛ لأنه قرط في حفظها . وإن لم يكن كذلك ، فله السفر بها . نص عليه أحمد ، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : إن سافر بها مع القدرة على صاحبها ، أو وكيله ، أو الحاكم ، أو أمين ، ضمنتها ؛ لأنه سافر ^(١٤) بها من غير ضرورة ، أشبه ما لو كان السفر مخوفا . ولنا ، أنه نقلها إلى موضع مأمون ، فلم يضمنها ، كما لو نقلها في البلد ، ولأنه سافر بها سفرا غير مخوف ، أشبه ما لو لم يجد أحدا يتركها عنده . ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالِكها ، أو نائبه بغير إذنه ، فهو مفطر عليه الضمان ؛ لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ، ويخاطر بها ، فإن النبي ﷺ قال : « إنَّ المسافر وماله لعلَى قلبي ، إلا ما

(١٢) في ١ : « لأنه » .

(١٣) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٤) في ١ ، م : « يسافر » .

وَقَى اللَّهُ^(١٥) . أَى عَلَى هَلَاكِ . وَلَا يَلْزَمُ مِنَ الْإِذْنِ فِي إِمْسَاكِهَا عَلَى وَجْهِ لَا يَضْمَنُ هَذَا
الْخَطَرُ ، وَلَا يُفَوِّتُ إِمْكَانَ رَدِّهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، الْإِذْنُ فِيمَا يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ ، فَأَمَّا مَعَ غَيْبَةِ
٢٠٣/٦ ظ الْمَالِكِ^(١٦) وَوَكِيلِهِ ، / فَهوَ السَّفَرُ بِهَا إِذَا كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ^(١٧) مُوَضِّعُ حَاجَةٍ^(١٧) فَيُخْتَارُ
فِعْلٌ مَا فِيهِ الْحَظُّ .

فصل : وَإِنْ حَضَرَهُ الْمَوْتُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ السَّفَرِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنْ أَحْكَامِهِ ، إِلَّا
فِي أَخْذِهَا مَعَهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبٌ لَخُرُوجِ الْوَدِيعَةِ عَنْ يَدِهِ .

١٠٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ غَلَّةٌ فَخَلَطَهَا فِي صِحَاحٍ ، أَوْ صِحَاحًا
فَخَلَطَهَا فِي غَلَّةٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)

يعنى بِالْغَلَّةِ الْمُكْسَرَةَ إِذَا خَلَطَهَا بِصِحَاحٍ مِنْ مَالِهِ ، أَوْ خَلَطَ الصِّحَاحَ بِالْمُكْسَرَةِ ،
لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَمَيَّزُ مِنْهَا فَلَا يَعْجِزُ بِذَلِكَ عَنْ رَدِّهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا
لَوْ تَرَكَهَا فِي صَنْدُوقٍ فِيهِ^(١) أَكْيَاسٌ لَهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ
اِخْتِلَافًا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا خَلَطَ دَرَاهِمَ بَدَنَانِيرَ ، أَوْ بَيضًا^(٢) بِسُودٍ . وَقَدْ حُكِيَ عَنْ
أَحْمَدَ ، فِي مَنْ خَلَطَ دَرَاهِمَ بَيضًا بِسُودٍ : يَضْمَنْهَا . وَلَعَلَّهُ قَالَ ذَلِكَ لِكَوْنِهَا تَكْتَسِبُ مِنْهَا
سَوَادًا ، أَوْ يَتَغَيَّرُ لَوْنُهَا ، فَتَنْقُصُ قِيَمَتُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا ضَرَرٌ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَاللَّهُ
تَعَالَى أَعْلَمُ .

(١٥) ذَكَرَهُ ابْنُ قَيِّمَةَ ، فِي : غَرِيبِ الْحَدِيثِ ٢ / ٥٦٤ . وَانْظُرْ : تَلْخِيسَ الْحَبِيرِ ٣ / ٩٨ ، وَإِرْوَاءَ الْغَلِيلِ
٥ / ٣٨٣ ، ٣٨٤ .

(١٦) فِي ب : « مَالِكُهَا » .

(١٧) (١٧-١٧) فِي م : « وَضَعَ حَاجَتَهُ » .

(١) فِي م : « وَفِيهِ » .

(٢) فِي م : « وَبَيضًا » .

١٠٦٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يُجْعَلَهَا فِي مَنْزِلٍ ، فَأَخْرَجَهَا عَنْ الْمَنْزِلِ ، لِعَشِيَانِ نَارٍ ، أَوْ سَيْلٍ ، أَوْ شَيْءٍ الْغَالِبِ مِنْهُ التَّوَى ^(١) ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)

وجملة ذلك أَنَّ رَبَّ الْوَدِيعَةِ إِذَا أَمَرَ الْمُسْتَوْدَعَ بِحِفْظِهَا فِي مَكَانٍ عَيْنِهِ ، فَحِفْظُهَا ^(٢) فيه ، ولم يَحْشَ عَلَيْهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . بغير خلاف ؛ لَأَنَّهُ مُمَثَّلٌ لِأَمْرِهِ ، غير مُفَرِّطٍ فِي مَالِهِ . وَإِنْ خَافَ عَلَيْهَا سَيْلًا أَوْ تَوَى ^(٣) ، يَعْنِي هَلَاكًا ، فَأَخْرَجَهَا مِنْهُ إِلَى جِرْزِهَا ، فَتَلَفَتْ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . بغير خلاف أيضا ؛ لِأَنَّ نَقْلَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ تَعَيَّنَ حِفْظُهَا ، وَهُوَ مَأْمُورٌ بِحِفْظِهَا . وَإِنْ تَرَكَهَا مَعَ الْخَوْفِ فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا سِوَاءُ تَلَفَتْ بِالْأَمْرِ الْمَخُوفِ أَوْ بغيرِهِ ؛ لَأَنَّهُ فَرَّطَ فِي حِفْظِهَا ، لِأَنَّ حِفْظَهَا نَقْلُهَا ، وَتَرَكَهَا تَضْيِيعَهَا . وَإِنْ لَمْ يَحْشَ عَلَيْهِ/ فَتَقْلَهَا عَنْ الْجِرْزِ إِلَى دُونِهِ ، ضَمِنَهَا ؛ لَأَنَّهُ خَالَفَهُ فِي الْحِفْظِ الْمَأْمُورِ بِهِ . وَإِنْ نَقْلَهَا إِلَى دُونِهِ عِنْدَ الْخَوْفِ عَلَيْهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ أَمَكَّنَهُ إِخْرَاجُهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ أَعْلَى مِنْهُ ، ضَمِنَهَا أَيْضًا ؛ لِتَفْرِيطِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ إِخْرَاجُهَا إِلَّا بِمَا دُونَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهَا بِذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا مِنْ تَرْكِهَا ^(٤) ، وَلَيْسَ فِي وَسْعِهِ سِوَاهُ . وَإِنْ نَقْلَهَا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ الْجِرْزِ لغير عُذْرٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنْهَا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ تَقْيِيدَهُ ^(٥) بِهَذَا الْجِرْزِ يَقْتَضِي مَا هُوَ مِثْلُهُ ، كَمَنْ أَكْتَرَى أَرْضًا لَزَرَ عِنْطِيَّةً ، فَلَهُ زَرْعُهَا وَزَرْعُ مِثْلِهَا فِي الضَّرَرِ . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ لُزُومَ الضَّمَانِ ، لِأَنَّ الْأَمْرَ بِشَيْءٍ يَقْتَضِي تَعْيِينَهِ ، فَلَا يُعَدَّلُ عَنْهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ . وَإِنْ نَقْلَهَا إِلَى أَحَرَزَ مِنْهُ كَانَ حُكْمُهُ ^(٦) حُكْمَ مَالٍ أُخْرِجَهَا إِلَى مِثْلِهِ . فَإِنْ نَهَاها عَنْ إِخْرَاجِهَا مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْوَأْمَرِ بِتَرْكِهَا فِيهِ وَلَمْ يَنْهَها

٢٠٤/٦ و

(١) في م : « البوار » .

(٢) في م : « فحفظ » .

(٣) في م : « وتوى » .

(٤) في ا ، م : « تركه » .

(٥) في ا ، م : « تقيد » .

(٦) في ب : « حكمها » .

عن إخراجها منه ، إلا في^(٧) أنه إذا خاف عليها فلم يُخرجها حتى تَلَفَتْ ، ففيه وجهاً ؛ أحدهما ، يَضْمَنُ ؛ لما ذكرنا في التي قبلها . والثاني ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنه مُمْتَلِكٌ لقول صاحِبِها . وفي أنه إذا أخرجها لغير عُذْرٍ ضَمِنَها ، سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه ؛ لأنه خالف صاحِبِها لغير فائدة . وهذا ظاهر كلام الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن نَهَاها عن نَقْلِها من بيت ، فنقلها إلى بيت آخر من الدار ، لم يَضْمَنُ ؛ لأنَّ البيتين من دارٍ واحدةٍ حرزٌ واحدٌ ، وطريق أحدهما طريق الآخر ، فأشبهه مالهو نقلها من زاوية إلى زاوية . وإن نقلها من دارٍ إلى دارٍ أخرى ، ضَمِنَ . ولنا ، أنه خالف أمر صاحِبِها بما لا مصلحة فيه ، فيَضْمَنُ ، كما لو نقلها من دارٍ إلى دارٍ . وليس ما فَرَّقَ به صحيحاً ؛ لأنَّ بيوت الدارِ تَخْتَلِفُ ، فمنها ما هو أقرب إلى الطريق ، أو / إلى موضع الوقود ، أو إلى الانهدام ، أو أسهل فتْحاً ، أو بابُه أسهل كَسْرًا ، أو أضعف حائطاً ، وأسهل^(٨) نَقْبًا ، أو لكون المالك يَسْكُنُ به ، أو يَسْكُنُ في غيره ، وأشبه هذا مما يُؤثِّرُ في الحِفْظِ أو في عَدَمِهِ ، فلا يجوز تَقْوِيَتُ غَرَضِ رَبِّ الْوَدِيعَةِ من تَعْيِينِهِ من غير ضرورة . وإن خاف عليها في مَوْضِعِها ، فعليه نَقْلُها ، فإن تَرَكَها قَتَلَتْ ضَمِنَها ؛ لأنَّ نَهْيَ صاحِبِها عن إخراجها إنما كان لِحِفْظِها ، وحِفْظُها هُنَا في إخراجها ، فأشبهه مالهو^(٩) يَنْهَاهُ عن إخراجها . فإن قال : لا تُخْرِجُها وإن خِفْتَ عليها . فأخرجها من غير خَوْفٍ ضَمِنَها ، وإن أخرجها عند خَوْفِهِ عليها ، أو تَرَكَها قَتَلَتْ^(١٠) ، لم يَضْمَنَها ؛ لأنَّ نَهْيَهُ مع خَوْفِ الهلاك نَصٌّ فيه ، وتَصْرِيحٌ به ، فيكون مأذوناً في تَرَكَها في تلك الحال ، فلم يَضْمَنَها ؛ لِامْتِثَالِهِ أَمْرَ صاحِبِها ، كما لو قال له : أثْلَفْها . فأثْلَفْها . ولا يَضْمَنُ إذا أخرجها ؛ لأنه زيادةٌ خيرٍ وحِفْظٌ ، فلم يَضْمَنُ به ، كما لو قال له : أثْلَفْها . فلم يَثْلَفْها حتى تَلَفَتْ .

(٧) سقط من : ١ .

(٨) في م : « أو أسهل » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م : « لتلفت » .

فصل : وإن أودعه ودِيعَةً ، ولم يُعَيِّنْ له موضعَ إخراجها ، فإنَّ المُودِعَ يَحْفَظُهَا في جِرْزٍ مِثْلِهَا أَيْ مَوْضِعٍ شَاءَ . فإن وَضَعَهَا في جِرْزٍ ، ثم نَقَلَهَا عنه إلى جِرْزٍ مِثْلِهَا ، لم يَضْمَنْهَا ، سِوَاةَ نَقْلِهَا إلى مِثْلِ الْأَوَّلِ أو دُونِهِ ؛ لِأَنَّ رَبَّهَا رَدَّ حِفْظَهَا إِلَى رَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ ، وَأَذِنَ لَهُ في إِحْرَازِهَا بِمَا شَاءَ مِنْ إِحْرَازٍ مِثْلِهَا ، ولهذا لَو تَرَكَهَا في هَذَا الثَّانِي أَوَّلًا لَمْ يَضْمَنْهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا نَقَلَهَا إِلَيْهِ . ولو كَانَتِ الْعَيْنُ في بَيْتٍ صَاحِبِهَا فَقَالَ ^(١١) لِرَجُلٍ : احْفَظْهَا في مَوْضِعِهَا . فَتَقَلَّهَا عَنْهُ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُودِعٍ ، إِنَّمَا هُوَ وَكِيلٌ في حِفْظِهَا ، وَلَيْسَ لَهُ إِخْرَاجُهَا مِنْ يَدِكَ صَاحِبِهَا ، وَلَا مِنْ مَوْضِعٍ اسْتَأْجَرَهُ لَهَا ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَيْهَا ، فَعَلِيهِ إِخْرَاجُهَا ، لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِحِفْظِهَا ، وَقَدْ تَعَيَّنَ حِفْظُهَا في إِخْرَاجِهَا ، وَيَعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَوْ حَضَرَ في هَذِهِ الْأَحْوَالِ لَأَخْرَجَهَا ، وَلَئِنَّهُ مَأْمُورٌ بِحِفْظِهَا عَلَى صِفَةٍ ، فَإِذَا تَعَدَّرَتْ / الصَّفَةُ ، لَزِمَهُ حِفْظُهَا بِدُونِهَا ، كَالْمُسْتَوْدَعِ إِذَا خَافَ عَلَيْهَا .

٢٠٥/٦ و

فصل : إِذَا أَخْرَجَ الْوَدِيعَةَ الْمُنْهَى عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَتَلَفَتْ ، وَادَّعَى أَنَّهُ أَخْرَجَهَا لِعَشْيَانٍ نَارٍ ، أَوْ سَيْلٍ ، أَوْ شَيْءٍ ظَاهِرٍ ، فَأُنْكَرَ صَاحِبُهَا وَجُودَهُ ، فَعَلَى الْمُسْتَوْدَعِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مَا ادَّعَاهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَا تَتَعَدَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ أَمْرٌ ظَاهِرٌ . فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي التَّلَفِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا يَخْتِاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ ، لِأَنَّهُ تَتَعَدَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ يُطَالَبْ بِهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَى التَّلَفَ بِأَمْرِ خَفِيِّ ، وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَالْحُكْمُ في إِخْرَاجِهَا مِنَ الْخَرِيطَةِ وَالصُّنْدُوقِ ، حُكْمُ إِخْرَاجِهَا مِنَ الْبَيْتِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ .

فصل : وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي مَنْزِلِهِ ، فَتَرَكَهَا فِي ثِيَابِهِ ، وَخَرَجَ بِهَا ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ أَخْرَزُهَا . وَإِنْ جَاءَهُ بِهَا فِي السُّوقِ ، فَقَالَ : احْفَظْهَا فِي بَيْتِكَ . فَقَامَ بِهَا فِي الْحَالِ ، فَتَلَفَتْ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَإِنْ تَرَكَهَا فِي دُكَّانِهِ أَوْ ثِيَابِهِ ، وَلَمْ يَحْمِلْهَا إِلَى بَيْتِهِ مَعَ إِمْكَانِهِ ، فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ بَيْتَهُ أَخْرَزُهَا . هَكَذَا قَالَ أَصْحَابُنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى

(١١) سقط من : م .

تَرَكَهَا عِنْدَهُ إِلَى وَقْتٍ مُضِيِّهِ إِلَى مَنْزِلِهِ فِي الْعَادَةِ فَتَلَفْتُ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ
الْإِنْسَانَ إِذَا أَوْدَعَ شَيْئًا وَهُوَ فِي دُكَّانِهِ ، أَمْسَكَهُ فِي دُكَّانِهِ ^(١٢) أَوْ فِي ثِيَابِهِ ^(١٣) إِلَى وَقْتِ مُضِيِّهِ
إِلَى مَنْزِلِهِ ، فَيَسْتَصْحِبُهُ مَعَهُ ، وَالْمُودِعُ عَالِمٌ بِهَذِهِ الْعَادَةِ ^(١٤) رَاضٍ بِهَا ، وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهَا
لَشَرَطَ عَلَيْهِ خِلَافَهَا ، وَأَمَرَهُ بِتَعْجِيلِ حَمْلِهَا ، فَإِمَّا أَنْ يَقْبَلَهَا بِهَذَا الشَّرْطِ أَوْ يَرُدَّهَا . وَإِنْ
قَالَ : اجْعَلْهَا فِي كُمِّكَ . فَجَعَلَهَا فِي جَنْبِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّ الْجَنْبَ أَخْرَزُهَا ،
لِأَنَّهُ ^(١٥) رِثْمًا نَسِيًّا ، فَيَسْقُطُ ^(١٦) الشَّيْءُ مِنْ كُمِّهِ ، بِخِلَافِ الْجَنْبِ . وَإِنْ قَالَ : اجْعَلْهَا
فِي جَيْبِكَ . فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَهَا لِذَلِكَ . وَإِنْ جَعَلَهَا فِي يَدِهِ ، ضَمِنَ أَيْضًا ،
كَذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : اجْعَلْهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا فِي يَدِهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
ظ ٢٠٥/٦ يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّ سُقُوطَ الشَّيْءِ مِنَ الْيَدِ مَعَ النِّسْيَانِ / أَكْثَرُ مِنْ سُقُوطِهِ مِنَ الْكُمِّ . وَالثَّانِي ، لَا
يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا يَتَسَلَّطُ عَلَيْهَا الطَّرَارُ بِالْبَطِّ ^(١٧) ، وَالْكُمُّ ^(١٨) بِخِلَافِهِ ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا أَخْرَزُ مِنْ وَجْهِهِ ^(١٩) . وَلِمَنْ نَصَرَ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ أَنْ يَقُولَ : مَتَى كَانَ كُلُّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخْرَزَ مِنْ وَجْهِهِ ^(٢٠) ، وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتِ الْوَجْهَ الْمَأْمُورَ بِالْحِفْظِ
بِهِ ، وَأَتَى بِمَا لَمْ يُؤْمَرْ بِهِ ، فَضَمِنَ لِمَخَالَفَتِهِ . وَعَلَى هَذَا لَوْ أَمَرَهُ ^(٢١) بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ ، فَجَعَلَهَا
فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ لِذَلِكَ . وَقَالَ الْقَاضِي : الْيَدُ أَخْرَزُ عِنْدَ الْمُغَالِبَةِ ^(٢٢) ، وَالْكُمُّ أَخْرَزُ مِنْهُ
عِنْدَ عَدَمِ الْمُغَالِبَةِ ^(٢٣) . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَمَرَ بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ ، فَشَدَّهَا فِي كُمِّهِ عِنْدَ غَيْرِ
الْمُغَالِبَةِ ^(٢٤) ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ^(٢٥) ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُغَالِبَةِ ضَمِنَ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِشَدِّهَا

(١٢-١٣) سقط من : ب .

(١٣) في م : « الحالة » .

(١٤) في م زيادة : « إنما » .

(١٥) في الأصل ، ب : « فسقط » .

(١٦) بط الطرار الكم : شقه .

(١٧) في م : « والحكم » .

(١٨-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) في الأصل ، ا ، م : « أمر » .

(٢٠-٢١) سقط من : ا ، م .

(٢١-٢٢) في ب : « لم يضمن » .

في كُفِّهِ ، فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عِنْدَ غَيْرِ الْمُغَالَبَةِ ضَمِنَ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا مُطْلَقًا ، فَتَرَكَهَا فِي جَنْبِهِ ، أَوْ شَدَّهَا فِي كُفِّهِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . وَإِنْ تَرَكَهَا فِي كُفِّهِ غَيْرَ مَشْدُودَةٍ ، وَكَانَتْ خَفِيفَةً لَا يَشْعُرُ بِهَا إِذَا سَقَطَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ ، وَإِنْ كَانَتْ ثَقِيلَةً يَشْعُرُ بِهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ ^(٢٢) لِأَنَّ هَذَا ^(٢٢) عَادَةُ النَّاسِ فِي حِفْظِ أَمْوَالِهِمْ . وَإِنْ شَدَّهَا عَلَى عَضِيدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ شَدَّهَا مِنْ جَانِبِ الْجَيْبِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ شَدَّهَا مِنْ الْجَانِبِ الْآخَرِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ الطَّرَارَ يَقْدِرُ عَلَى بَطْئِهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَيْبَ . وَهَذَا يَنْطُلُ بِمَا إِذَا تَرَكَهَا فِي جَنْبِهِ ، أَوْ شَدَّهَا فِي كُفِّهِ ، فَإِنَّ الطَّرَارَ يَقْدِرُ عَلَى بَطْئِهَا وَلَا يَضْمَنْ ، وَلَيْسَ إِمْكَانُ إِحْرَازِهَا بِأَحْفَظِ الْجَرَزَيْنِ مَا نَعَا مِنْ إِحْرَازِهَا بِمَا دُونَهُ ، إِذَا كَانَ جَرَزًا لِمِثْلِهَا ^(٢٣) . وَشَدَّهَا عَلَى الْعَضِيدِ جَرَزٌ لَهَا كَيْفَمَا كَانَ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يُحَرِّزُونَ بِهِ أَمْوَالَهُمْ ، فَأَشْبَهَ شَدَّهَا فِي الْكُفِّ وَتَرَكَهَا فِي الْجَيْبِ ، وَلَكِنْ لَوْ أَمَرَهُ بِشَدِّهَا مِمَّا يَلِي الْجَيْبَ ^(٢٤) ، فَشَدَّهَا ^(٢٥) مِنْ الْجَانِبِ الْآخَرِ ، ضَمِنَ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِشَدِّهَا مِمَّا يَلِي الْجَانِبَ الْآخَرَ ، فَشَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَيْبَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ أَحْرَزُ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِشَدِّهَا عَلَى عَضِيدِهِ مُطْلَقًا ، أَوْ أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا مَعَهُ ، فَشَدَّهَا مِنْ أَىِّ الْجَانِبَيْنِ / كَانَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَثِّلٌ لِأَمْرِ ^(٢٦) مَالِكِهَا ، مُحَرِّزٌ لَهَا بِجَرَزٍ مِثْلِهَا . وَإِنْ شَدَّهَا عَلَى وَسْطِهِ ، فَهُوَ أَحْرَزُ لَهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَرَكَهَا فِي بَيْتِهِ فِي جَرَزِهَا .

فصل : وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي صُنْدُوقٍ ، وَقَالَ : لَا تَقْفِلْ عَلَيْهَا ، وَلَا تَنْمِ فَوْقَهَا . فَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ ، أَوْ قَالَ : لَا تَقْفِلْ عَلَيْهَا إِلَّا قَفْلًا وَاحِدًا ، فَجَعَلَ عَلَيْهَا قَفْلَيْنِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ أَنَّهُ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ رَأْيَ فِي شَيْءٍ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ يَتَعَلَّقُ بِحِفْظِهَا ، فَأَشْبَهَ مَالُو نَهَا عَنْ

(٢٢-٢٢) فِي ب : « لِأَنَّهُ » .

(٢٣) فِي م : « بِمِثْلِهَا » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٢٥) فِي أ ، م : « فِيشَدَّهَا » .

(٢٦) فِي أ ، م : « أَمَر » .

إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة ، وذلك لأنَّ التَّوَمَ عليها ، وترك قفلَيْن عليها ، وزيادة الاحتفاظ بها ، يُنبئُ اللصَّ عليها ، ويحثُّه على الجِدِّ في سرقتها ، والاحتياط لا أخذها . ولنا ، أنَّ ذلك أحرز لها ، فلا يضمنُ بفعله ، كما لو أمره بتركها في صحن الدار ، فتركها في البيت ، وهذا ينتقض ما ذكره .

فصل : إذا قال : اجعلها في هذا البيت ، ولا تَدْخُلْه أحدًا . فأَدْخَلَ إليه قومًا ، فسرقها أحدُهم ، ضَمِنَهَا ؛ لأنها ذَهَبَتْ بِتَعَدِّيهِ ومُخَالَفَتِهِ ، وسواء سرقها حال إدخالهم ، أو بعده ؛ لأنه رُبَّمَا شاهد الوَدِيعَةِ في دُخُولِهِ البيت ، وعَلِمَ مَوْضِعَهَا ، وطَرِيق الوصول إليها . وإن سرقها مَنْ لم يَدْخُلِ البيت ، فقال القاضي : لا يضمنُ ؛ لأنَّ فِعْلَهُ لم يكن سَبَبًا لِإِثْلَافِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ الضَّمَانُ ؛ لأنَّ الدَّاخل رُبَّمَا دَلَّ عليها مَنْ لم يَدْخُلْ ، ولأنَّها مُخَالَفَةٌ تُوجِبُ^(٢٧) الضَّمَانَ ، إذا كانت سَبَبًا لِإِثْلَافِهَا فَأَوْجَبَتْهُ ، وإن لم تكن سَبَبًا كما لو نَهَاها عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة .

فصل : إذا قال : ضَعْ هذا الخائِمَ في الخَنْصِيرِ . فَوَضَعَهُ في البَنْصِيرِ ، لم يضمنه ؛ لأنها أَعْلَظُ وَأَحْفَظُ له ، إلَّا أن لا يَدْخُلَ فيها ، فيَضَعَهُ في أَثْمَلَتِهَا العُلْيَا فيضمنه ، أو يَنْكَسِرَ بها^(٢٨) لِغِلَظِهَا عليه ، فيضمنه أيضًا ؛ لأنَّ مُخَالَفَتَهُ سَبَبٌ لِتَلَفِهِ .

٢٠٦/٦ ط ١٠٧٠ - / مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْدَعَهُ شَيْئًا ، ثُمَّ سَأَلَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ فِي وَقْتِ امْتِكَتْهُ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى تَلَفَ ، فَهُوَ ضَامِنٌ)

لا خلاف في وجوب ردِّ الوَدِيعَةِ على مالِكِهَا ، إذا طَلَبَهَا ، فَأَمَكَنَ أداؤها إليه بغير ضرورة ، وقد أمر الله تعالى بذلك ، فقال تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ

(٢٧) في ١ ، م : (فوجب) .

(٢٨) سقط من : ب .

إِلَى أَهْلِهَا ﴿١﴾ . وَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » ﴿٢﴾ . يَعْنِي عِنْدَ طَلَبِهَا . وَلَئِنَّهَا حَقٌّ لِمَالِكِهَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ غَيْرِهِ ، فَلَزِمَ أَدَاؤُهَا إِلَيْهِ ، كَالْمَغْصُوبِ وَالَّذِينَ الْحَالُ . فَإِنْ ائْتَمَعَ مِنْ دَفْعِهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ، فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا ، لِكَوْنِهِ أَمْسَكَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِفِعْلِ مُحَرَّمٍ ، فَأَشْبَهَ الْغَاصِبَ . فَأَمَّا إِنْ طَلَبَهَا فِي وَقْتٍ لَمْ ﴿٣﴾ يُمَكِّنْ ﴿٤﴾ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، لِبُعْدِهَا ، أَوْ لِمَخَافَةٍ فِي طَرِيقِهَا ، أَوْ لِلْعَجْزِ عَنْ حَمْلِهَا ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ تَسْلِيمِهَا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَا يُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا . وَإِنْ تَلَفَتْ ﴿٥﴾ لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِعَدَمِ عُذْوَانِهِ . وَإِنْ قَالَ : أُمْهِلُونِي حَتَّى أَقْضِيَ صَلَاتِي ، أَوْ أَكُلْ ، فَإِنِّي جَائِعٌ ، أَوْ أَنَامَ فَإِنِّي نَاعِسٌ ، أَوْ يَنْهَضِمُ عَنِ الطَّعَامِ فَإِنِّي مُمْتَلِئٌ . أُمْهِلْ بِقَدْرِ ذَلِكَ .

فصل : وليس على المُسْتَوْدِعِ مُؤْنَةُ الرَّدِّ ﴿٦﴾ وَحَمْلُهَا إِلَى رَبِّهَا إِذَا كَانَتْ مِمَّا لِحَمْلِهِ ﴿٧﴾ مُؤْنَةٌ ، قَلَّتِ الْمُؤْنَةُ أَوْ كَثُرَتْ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ الْعَيْنَ لِمَنْفَعَةِ مَالِكِهَا عَلَى الْخُصُوصِ ، فَلَمْ تَلْزَمْهُ الْغَرَامَةُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ كَلَّهَ فِي حِفْظِهَا فِي مِلْكٍ صَاحِبِهَا ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ التَّمَكُّينُ مِنْ أَخْذِهَا . وَإِنْ سَافَرَ بِهَا بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّهَا ، فَعَلِيهِ رَدُّهَا إِلَى بَلَدِهَا ، لِأَنَّهُ أَبْعَدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّهَا ، فَلَزِمَهُ رَدُّهَا ، كَالْغَاصِبِ .

١٠٧١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ وَعِنْدَهُ وَدِيعَةٌ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْ مَالِهِ ، فَصَاحِبُهَا غَرِيمٌ بِهَا)

وجملته أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا مَاتَ ، ^(١) وَثَبَتْ أَنَّ عِنْدَهُ ^(٢) وَدِيعَةً لَمْ تُوجَدْ بَعِيْنَهَا ، فَهِيَ دَيْنٌ

(١) سورة النساء ٥٨ .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٢٥٦ .

(٣) في ب : « لا » .

(٤) في ا ، ب ، م : « يكن » .

(٥) في م : « تلف » .

(٦) في م : « الردود » .

(٧) في الأصل ، ا ، ب : « لحملها » .

(١-٢) في ب : « وعنده » .

عليه ، يُعْرَمُ مِنْ تَرْكِتِهِ ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَنْبٌ سِوَاهَا ، فَهِيَ وَالَّذِينَ سِوَاهُ ، فَإِنْ وَقَفَتْ تَرْكِتُهُ بِهِمَا ، وَإِلَّا اقْتَسَمَاهَا بِالْحِصَصِ^(٢) . / وبهذا قال الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحَّعِيُّ ، وداودُ بن أبي هِنْدٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَمُسْرُوقٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَأَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ . وَرَوَى عَنْ النَّحَّعِيِّ : الْأَمَانَةُ قَبْلَ الدَّيْنِ . وَقَالَ الْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ : الدَّيْنُ قَبْلَ الْأَمَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا حَقَّانِ وَجَبَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَتَسَاوَيَا كَالدَّيْنَيْنِ ، وَسِوَاءُ وَجَدَ فِي تَرْكِتِهِ مِنْ جِنْسِ الْوَدِيعَةِ أَوْ لَمْ يُوجَدْ . وَهَذَا إِذَا أَقْرَأَ الْمُودِعُ أَنَّ عِنْدِي وَدِيعَةً أَوْ عَلَى وَدِيعَةً لِفُلَانٍ ، أَوْ ثَبَتَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ مَاتَ وَعِنْدَهُ وَدِيعَةٌ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ فِي حَيَاتِهِ ، وَلَمْ تُوجَدْ بَعَيْنِهَا ، وَلَمْ يُعْلَمْ هَلْ هِيَ بَاقِيَةٌ عِنْدَهُ أَوْ تَلَفَتْ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، وَجُوبُ^(٣) ضَمَانِهَا ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ يَجِبُ رَدُّهَا ، إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ سُقُوطُ الرَّدِّ بِالتَّلَفِ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ الْجَهْلَ بَعَيْنِهَا كَالْجَهْلِ بِهَا ، وَذَلِكَ لَا يُسْقِطُ الرَّدَّ . وَالثَّانِي ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ أَمَانَةٌ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ إِثْلَافِهَا وَالتَّعَدُّ فِيهَا ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَجُوبُ الرَّدِّ ، فَيَقِي عَلَى ، مَا لَمْ يُوجَدْ مَا يُرِيهِ .

فصل : وَإِنْ مَاتَ وَعِنْدَهُ وَدِيعَةٌ مَعْلُومَةٌ بَعَيْنِهَا ، فَعَلَى وَرَثَتِهِ تَمْكِينُ صَاحِبِهَا مِنْ أَخْذِهَا ، فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِمَوْتِهِ^(٤) ، وَجَبَ عَلَيْهِمْ إِعْلَامُهُ بِهِ^(٥) ، وَلَيْسَ لَهُمْ إِمْسَاكُهَا قَبْلَ أَنْ يُعْلَمْ بِهَارِئِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِجْنَهُمْ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا حَصَلَ مَالٌ غَيْرُهُمْ فِي أَيْدِيهِمْ ، بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَطَارَتْ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبًا وَعَلِمَ بِهِ ، فَعَلَيْهِ إِعْلَامُ صَاحِبِهِ بِهِ ، فَإِنْ أَخَّرَ ذَلِكَ مَعَ الْإِمْكَانِ ضَمِنَ . كَذَا هُنَا . وَلَا تَثْبُتُ الْوَدِيعَةُ إِلَّا بِإِقْرَارٍ مِنَ الْمَيِّتِ أَوْ وَرَثَتِهِ ، أَوْ بَيِّنَةٍ تَشْهَدُ بِهَا . وَإِنْ

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ب : « اقْتَسَمَاهَا » .

(٣) فِي ب : « يَجِبُ » .

(٤) فِي م : « بِمَوْتِ صَاحِبِهَا مِنْ أَخْذِهَا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « بِهَا » .

وَجَدَ عَلَيْهَا مَكْتُوبًا وَدِيعَةً ، لَمْ يَكُنْ حُجَّةً عَلَيْهِمْ ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الظَّرْفُ ^(٦) كَانَتْ فِيهِ وَدِيعَةٌ قَبْلَ هَذَا ، أَوْ كَانَ وَدِيعَةً لِمَوْرُوثِهِمْ / عِنْدَ غَيْرِهِ ، أَوْ كَانَتْ وَدِيعَةً فَابْتِاعَهَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَجَدَ فِي زُرْمَانَجٍ ^(٧) أَبِيهِ ، أَنَّ لِفُلَانٍ عِنْدِي وَدِيعَةً . لَمْ يَلْزَمْهُ بِذَلِكَ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَدْ رَدَّهَا وَنَسِيَ الضَّرْبَ عَلَى مَا كَتَبَ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ .

١٠٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَالِبُهُ بِالْوَدِيعَةِ ، فَقَالَ : مَا أُوْدَعْتَنِي . ثُمَّ قَالَ : ضَاعَتْ مِنْ حِرْزِي ، كَانَ ضَامِنًا ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ حَالِ الْأَمَانَةِ . وَلَوْ قَالَ : مَالِكٌ عِنْدِي شَيْءٌ . ثُمَّ قَالَ : ضَاعَتْ مِنْ حِرْزِي . كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)

وجملة ذلك أنه إذا ادَّعى على رجلٍ ودِيعَةً ، فقال : ما أُوْدَعْتَنِي . ثم ثَبِتَ أَنَّهُ أُوْدَعَهُ ، فقال : أُوْدَعْتَنِي ، وهَلَكْتَ مِنْ حِرْزِي . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا . وبهذا قال مالكٌ ، والأوزاعيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ مُكَذَّبٌ لِانْكَارِهِ الْأَوَّلِ ، وَمُعْتَرَفٌ عَلَى نَفْسِهِ بِالْكَذِبِ الْمُنَافِي لِلْأَمَانَةِ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا ^(١) لَهُ بَتَلَفُهَا مِنْ حِرْزِهِ قَبْلَ بَحْثِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهَا تَلَفَتْ بَعْدَ جُحُودِهِ ، لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ بِالْجُحُودِ عَنِ الْأَمَانَةِ ، فَصَارَ ضَامِنًا ، كَمَنْ طُوْلَبَ بِالْوَدِيعَةِ فَاِمْتَنَعَ مِنْ رَدِّهَا . وَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً ^(٢) بَتَلَفِهَا بَعْدَ الْجُحُودِ ، لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الضَّمَانُ لِذَلِكَ . وَإِنْ شَهِدَتْ بَتَلَفِهَا قَبْلَ الْجُحُودِ مِنَ الْحِرْزِ ، فَهَلْ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تُسْمَعُ ؛ لِأَنَّهُ مُكَذَّبٌ لَهَا بِانْكَارِهِ الْإِيدَاعَ . وَالثَّانِي ، تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ ^(٣) ؛ لِأَنَّ الْمُودَعَ لَوْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ سَقَطَ حَقُّهُ ، فَتُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ بِهِ ، فَإِنْ شَهِدَتْ بِالتَّلَفِ مِنَ الْحِرْزِ ، وَلَمْ تُعَيَّنْ قَبْلَ الْجُحُودِ وَلَا بَعْدَهُ ، وَاحْتَمَلَ الْأَمْرَيْنِ ، لَمْ يَسْقُطْ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ

(٦) فِي م : « الظروف » .

(٧) أَصْلُهُ الرُّوزْنَامَةُ ، وَهِيَ مَرْكَبَةٌ مِنْ رُوزٍ ، أَيُّ يَوْمٍ ، وَنَامَةٍ ، أَيُّ كِتَابٍ . الْأَلْفَاظُ الْفَارْسِيَّةُ الْمَعْرُوبَةُ ٧٥ . وَالْمَقْصُودُ الدَّفْترُ الَّذِي يَسْجَلُ فِيهِ .

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢) فِي م : « البينة » .

(٣) فِي أ ، م : « بَيِّنَتُهُ » .

الأصل وجوبه ، فلا ينتفى بأمرٍ مُتردِّدٍ . وأما إذا ادَّعى الودِعة ، فقال : مالك عندي شيء ، أو لا تستحقُّ عليَّ شيئاً . فقامت^(٤) البينة بالإيداع ، أو أقرَّ به المُودعُ ، ثم قال : ضاعت من جرِّزٍ . كان القولُ قوله مع يمينه ، / ولا ضمانَ عليه ؛ لأنَّ قوله لا يُنافي ما شهدت به البينة ، ولا يُكذِّبُها ، فإنَّ مَنْ تَلَفَتْ الودِعةُ من جرِّزه بغيرِ تفریطه فلا شيءٌ للمالكِها عنده ، ولا يستحقُّ عليه شيئاً ، لكنَّ إن ادَّعى تَلَفَها بعدَ جُحوده ، أو قامت بينةٌ بتَلَفِها بعدَ الجُحودِ^(٥) ، أو أنَّها^(٦) كانت عنده حال^(٧) جُحوده ، فعليه ضمانُها ؛ لأنَّ جُحوده أوجبَ الضَّمانَ عليه ، فصار كالغاصِبِ^(٨) .

فصل : إذا توى الخيانة في الودِعة ، بالجُحودِ أو الاستِعمالِ ، ولم يفعلْ ذلك^(٩) ، لم يصِرْ ضامناً ؛ لأنَّه لم يُحدثْ في الودِعة قولاً ولا فعلاً ، فلا يضمنُ ، كما لو لم يَنْو . وقال^(١٠) ابنُ سُرَيجٍ : « يضمنُها ؛ لأنَّه أَمْسَكَهَا بِنِيَّةِ الْخِيَانَةِ ، فَيُضْمَنُهَا ، كَالْمُلْتَقِطِ بِقَصْدِ التَّمْلِكِ^(١١) . ولنا : قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « عَفَى^(١٢) لِأُمْتِي^(١٣) عَنِ الْخَطَا ، وَالتَّنْسِيَانِ ، وَمَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا ، مَا لَمْ تَكَلِّمْ بِهِ ، أَوْ تَعْمَلْ بِهِ »^(١٤) . ولأنَّه لم يَحْنُ فيها بقولٍ ولا

(٤) في م : « فقالت » .

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) في ١ ، م : « وأنها » .

(٧) في الأصل ، ب : « حالة » .

(٨) في م : « كالغصب » .

(٩) سقط من : م .

(١٠-١١) في م : « شرح » .

(١١) في م : « التملك » .

(١٢-١٣) في م : « عن أمتي » .

(١٤) الطرف الأول للحديث تقدم ترجمته في : ١٤٦ / ١ . وقوله ﷺ : « وما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل به » . أخرجه البخاري ، في : باب الطلاق في الإغلاق ... ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب إذا حثت ناسيا في الأيمان ... ، من كتاب الأيمان . صحيح البخاري ٧ / ٥٩ ، ٨ / ١٦٨ . وأبو داود ، في : باب في الوسوسة بالطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥١٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من يحدث ... ، من أبواب الطلاق . ٥ / ١٥٥ ، ١٥٦ . والنسائي ، في : باب من طلق في نفسه ، من كتاب الطلاق . المجتبى =

فَعِلَ ، فلم يَضْمَنْهَا ، كالذي لم يَنْوِ ، وفَارَقَ الْمُلتَقَطَ بِقَصْدِ التَّمَلُّكِ^(١٤) ، فإنه عَمِلَ فيها بأَخْذِهَا نَاقِيًا لِلخِيَانَةِ فيها ، فَوَجَبَ الضَّمَانُ بِفَعْلِهِ المَنْوِي ، لا بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ . ولو التَّقَطُّهَا قَاصِدًا لِلتَّعْرِيفِهَا ، ثم نَوَى بَعْدَ ذَلِكَ إِمْسَاكَهَا لِنَفْسِهِ ، كانت كَمَسَالَتِنَا . ولو أَخْرَجَهَا بِنِيَّةِ الاستِعْمَالِ ، فلم يَسْتَعْمِلْهَا ، ضَمَّنَهَا . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يَضْمَنْهَا إِلَّا بِالاستِعْمَالِ ؛ لَأَنَّهُ لو أَخْرَجَهَا لِتَقْلِيلِهَا^(١٥) لم يَضْمَنْهَا . ولَنَا ، أَنَّهُ تَعَدَّى بِإِخْرَاجِهَا ، أَشَبَّهُ مَا لو اسْتَعْمَلَهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَلَّهَا^(١٦) .

فصل : والمودع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة . بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ، ثم ذكر أنها ضاعت ، أن القول قوله . وقال أكثرهم : مع يمينه . وإن ادعى ردها على صاحبها ، فالقول قوله مع يمينه أيضا . وبه قال الثوري ، والشافعي / ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي .^(١٧) وبه قال^(١٨) مالك إن كان دفعها إليه بغير بينة . وإن كان أودعه بينة لم يقبل قوله في الرد إلا ببينة . ولنا ، أنه أمين لا منفعة له في قبضها ، فقبل قوله في الرد بغير بينة ، كما لو أودع بغير بينة . وإن قال : دفعته إلى فلان بأمرك . فأنكر مالكها الإذن في دفعها ، فالقول قول المودع . نص عليه أحمد ، في رواية ابن منصور . وهو قول ابن أبي ليلى . وقال مالك ، والثوري ، والعباسي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي : القول قول المالك ؛ لأن الأصل عدم الإذن ، وله تضمينه . ولنا ، أنه ادعى دفعا يبرأ به من الوديعة ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى ردها على مالكها . ولو اعترف المالك بالإذن ، ولكن قال : لم يدفعها . فالقول قول المستودع أيضا ، ثم ننظر في المدفوع

= ٦ / ١٢٧ ، ١٢٨ . وابن ماجه ، في : باب من طلق في نفسه ولم يتكلم به ... ، من كتاب الطلاق . سنن ابن

ماجه ١ / ٦٥٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٥٥ ، ٤٢٥ ، ٤٨١ .

(١٤) في ب : « التملك » .

(١٥) في ب : « تلفها » .

(١٦) في ب : « أخرجها لتلقها » .

(١٧-١٨) في م : « وقال » .

إليه ؛ فإن أقرَّ أنه قبضه ، وكان الدفع في دين ، فقد برئ الكل ، وإن أنكَّر ، فالقول قوله مع يمينه . وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن ؛ لكونه قضى الدين بغير بينة ، ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة ؛ لأنَّ المودع مُفَرِّطٌ ، لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه ، فكان ضامناً ، سواء صدَّقه أو كذَّبه . وإن أمره بدفعه وديعة ، لم يحتج إلى بينة ؛ لأنَّ المودع يُقْبَلُ قوله في التلّف والردّ ، فلا فائدة في الإشهاد عليه . فعلى هذا يخلف المودع ، ويبرأ ، ويخلف الآخر ويبرأ أيضا ، ويكون ذهابها من مالِكها .

فصل : وإذا أودع بهيمة ، فأمره صاحبها بعلفها وسقيها ، لزمه ذلك لوجهين ؛ أحدهما ، لحُرْمَةِ صاحبها ؛ لأنَّه أخذها منه على ذلك . والثاني ، لحُرْمَةِ البهيمة ، فإن الحيوان يجب إحياءه بالعلف والسقي . ويَحْتَمِلُ أن لا يلزمه علفها ، إلا أن يقبل ذلك ؛ لأنَّ هذا تبرُّع منه ، فلا يلزمه بمجرّد أمر صاحبها ، كغير الوديعة . وإن أطلق / ولم يأمره بعلفها ، لزمه ذلك أيضا . وبهذا قال الشافعي . ويَحْتَمِلُ أن لا يلزمه ذلك . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنَّه استخفَّظها إيَّاه ، ولم يأمر بعلفها ، والعلف على مالِكها ، فإذا لم يعلفها كان هو المُفَرِّط في ماله . ولنا ، أنَّه لا يجوز إثلافها ، ولا التفريط فيها ، فإذا أمره بحفظها تضمَّن ذلك علفها وسقيها ، ثم ننظر ؛ فإن قدر المُستودع على صاحبها أو وكيله ، طالبه بالإتفاق عليها ، أو بردها عليه ، أو يأذن له في الإنفاق عليها ليرجع به . فإن^(١٨) عجز عن صاحبها أو وكيله ، رفع^(١٩) الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه ، وإن لم يجد مالا ففعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه ، من بيعها ، أو بيع بعضها وإنفاقه عليها ، أو إيجارها ، أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال ، أو من غيره ، ويدفع ذلك إلى المودع إن رأى^(٢٠) ذلك ليُنْفِقَ عليها ، وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولَّى الإنفاق عليها ، جاز . وإن استدان من المودع ، جاز أن يدفعه إليه ليتولَّى الإنفاق عليها ؛ لأنَّه أمين عليها . ويجوز أن يأذن له الحاكم أن يُنْفِقَ عليها من ماله ،

(١٨) في م : « فإذا » .

(١٩) في م : « دفع » .

(٢٠) في م : « أراد » .

ويكون قابضاً لنفسه من نفسه ، ويكُل ذلك إلى اجتِهاده في قَدَر ما يُتَّفَق ، ويرجعُ به على صاحبها ، فإن اختلفا في قَدَر التَّفَقُّه ، فالقول قول المودع إذا ادَّعى النفقة بالمعروف ، وإن ادَّعى أكثر من ذلك ، لم يثبت له . وإن اختلفا في قَدَر المدة التي أُنْفَقَ عليها^(٢١) ، فالقول قول صاحبها ؛ لأن الأصل عدم ذلك . فإن لم يَقْدِر على الحاكم ، فأُنْفَقَ عليها مُحْتَسِباً بالرجوع على صاحبها ، وأشهد على الرجوع ، رَجَعَ بما أُنْفَقَ ، رواية واحدة ؛ لأنه مأذون فيه عُرفاً ، ولا تَقْرِيضَ منه إذا لم يَجِد حاكماً . وإن فَعَلَ ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه ، فهل له الرجوع ؟ يُخَرَّجُ على روايتين . نصَّ عليهما فيما إذا أُنْفَقَ على البهيمة المَرْهُونة من / غير إذن الراهن ، وفي الضامن إذا ضَمِنَ وأدى^(٢٢) بغير إذن المضمون عنه ، هل يرجعُ به ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، يرجعُ به^(٢٣) ؛ لأنه مأذون فيه عُرفاً . والثانية ، لا يرجعُ ؛ لأنه مُفَرِّطٌ بترك استئذان الحاكم . وإن أُنْفَقَ من غير إشهاد ، مع العَجْزِ عن استئذان الحاكم ، أو مع إمكانه ، ففى الرجوع وجهان أيضاً كذلك . ومتى عَلَفَ البهيمة أو سَقَاها في داره ، أو غيرها ، بنفسه ، أو أمر غلامه أو صاحبه ، ففَعَلَ ذلك ، كما يَفْعَلُ في بهائمِهِ ، على ما جَرَتْ به العادة ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّ هذا مأذون فيه عُرفاً ، لجريانِ العادةِ به ، فأشبههُ المُصَرَّحُ به .

فصل : وإن أودعه البهيمة ، وقال : لا تَعْلِفْها ، ولا تَسْقِها . لم يَجُزْ له تركُ عْلِفِها ؛ لأنَّ للحَيَوَانَ حُرْمَةً في نفسه يَجِبُ إحياءُ لِحَقِّ اللَّهِ تعالى . فإن عْلَفَها وسَقَاها ، كان كالِقَسَمِ الذي قبله ، وإن تَرَكَها حتى تَلِفَتْ ، لم يَضْمَنْها . وهذا قولُ عامَّةِ أصحابِ الشافعي . وقال بعضهم : يَضْمَنُ ؛ لأنه تَعَدَّى بِتَرْكِ عْلِفِها ، أشَبَّهُ ما^(٢٤) إذا لم يَنْهَهُ . وهذا قولُ ابنِ المُنْذِرِ ؛ لنَهْيِ رسولِ اللَّهِ ﷺ عن إضاعةِ المالِ^(٢٥) . فيصيرُ أمرُ مالِكِها وسُكُوتُهُ سَوَاءً . ولنا ، أَنَّهُ مُمْتَثِلٌ لِأَمْرِ^(٢٦) صاحبها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو قال : اقْتُلْها

(٢١) في م : « فيها » .

(٢٢) في م : « وأذن » .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) سقط من : الأصل ، م ، ا .

(٢٥) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥١٦ .

(٢٦) في حاشية الأصل ، ا ، ب : « لقول » .

فَقَتَلَهَا ، وَكَالَوْ قَالَ : لَا تُخْرِجِ الْوَدِيعَةَ ، وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَخَافَ عَلَيْهَا وَلَمْ يُخْرِجْهَا ، أَوْ أَمَرَهُ صَاحِبُهَا بِالْقَائِنِ فِي نَارٍ أَوْ بَحْرِ . وَهَذَا يَنْتَقِضُ مَا ذَكَرُوهُ . وَمَنْعَ ابْنِ الْمُنْذِرِ الْحُكْمَ فِيمَا إِذَا أَمَرَهُ بِإِثْلَافِهَا فَأَتْلَفَهَا^(٢٧) ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتٌ لَصَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَغْرَمْ لَهُ شَيْئًا ، كَمَا لَوْ اسْتَنْبَاهُ فِي مُبَاحٍ ، وَالتَّحْرِيمُ أَثَرُهُ فِي بَقَاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَهُوَ التَّائِيْمُ ، أَمَّا حَقُّ الْآدَمِيِّ فَلَا يَبْقَى مَعَ إِذْنِهِ فِي تَقْوِيَتِهِ ، وَلَئِنْ هَلُمَّ تَتَلَفَ بِفِعْلِهِ ، وَإِنَّمَا تَلَفَتْ ٢١٠/٦ وَبَرَكِ الْعَلْفُ الْمَآذُونِ فِيهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ لَهُ : لَا تُخْرِجْهَا إِذَا^(٢٨) خِفْتَ عَلَيْهَا . / فَلَمْ يُخْرِجْهَا .

١٠٧٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَوْ كَانَ فِي يَدِهِ وَدِيعَةٌ ، فَأَدَّاعَاهَا نَفْسَانِ ، فَقَالَ : أَوْدَعْنِي أَحَدَهُمَا ، وَلَا أَعْرِفُهُ عَيْنًا . أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ ، وَسَلَّمْتُ إِلَيْهِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ ، فَأَدَّاعَاهَا نَفْسَانِ ، فَأَقْرَبَهَا لِأَحَدِهِمَا ، سَلَّمْتُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ دَلِيلٌ^(١) مِلْكِهِ ، وَلَوْ أَدَّاعَاهَا لِنَفْسِهِ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ . فَإِذَا أَقْرَبَهَا لِغَيْرِهِ ، وَجَبَ أَنْ يُقْبَلَ ، وَيَلْزَمُهُ أَنْ يَحْلِفَ لِلْآخِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِحَقِّهِ ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ ، وَإِنْ تَكَلَّلَ لَزِمَهُ أَنْ يَغْرَمْ لَهُ قِيَمَتَهَا ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهَا عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ أَقْرَبَ لِلثَّانِي بِهَا بَعْدَ أَنْ أَقْرَبَهَا لِلأَوَّلِ ، سَلَّمْتُ إِلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهَا بِإِقْرَارِهِ ، وَغَرِمَ قِيَمَتَهَا لِلثَّانِي . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحَدٌ . وَإِنْ أَقْرَبَهَا لِهَمَا جَمِيعًا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَيَلْزَمُهُ الْيَمِينُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نِصْفِهَا . وَإِنْ قَالَ : هِيَ لِأَحَدِهِمَا لَا أَعْرِفُهُ عَيْنًا . فَاغْتَرَفَالَهُ بِجَهْلِهِ ، تَعَيَّنَ الْمُسْتَحِقُّ لَهَا ، فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَدَّعَا مَغْرَفَتَهُ ، فَعَلَيْهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَحْلِفُ يَمِينَتَيْنِ ، كَمَا لَوْ أَتَكَرَّرَتْ أَنَّهَا لِهَمَا . وَلَنَا ، أَنَّ الَّذِي يُدَّعَى عَلَيْهِ أَمْرٌ وَاحِدٌ ،

(٢٧) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَأَتْلَفَهَا » .

(٢٨) فِي ب : « وَإِنْ » .

(١) فِي ب زِيَادَةٌ : « عَلَى » .

وهو العلمُ بعَيْنِ المالكِ ، فكفاه يمينٌ واحدةٌ ، كما لو ادَّعياها فأقرَّ بها لأحدهما ، وفارق ما إذا أنكرها^(٢) ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي عليه أنَّها له ، فهما دَعَوِيَانِ ، فإن حَلَفَ أُقرَّعَ بينهما ، فمن قرَّع صاحبه حَلَفَ ، وسَلَّمَتْ إليه . وقال الشافعيُّ : يتَحَالَفَانِ ، ويوقَفُ الشيءُ بينهما حتى يَصْطَلِحَا . وهو قولُ ابنِ أبي لَيْلى ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُ المالكُ منهما . وللشافعيِّ قولٌ آخرُ ، أنَّها تُقسَمُ بينهما ، كما لو أقرَّ بها لهما . وهذا^(٣) الذي حكاه ابنُ المُنذِرِ عن ابنِ أبي لَيْلى ، وهو قولُ أبي حنيفةَ وصاحبيه فيما حُكِيَ عنهم ، قالوا : وَيَضْمَنُ المُستودَعُ يَصْنَفُهَا / لكلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّه قَوَّتْ ما استودَعَ بِجَهْلِهِ . ولنا ، ^{٢١٠/٦} ظ أنَّهما تَسَاوَيَا في الحَقِّ فيما^(٤) ليس بأيديهما^(٥) ، فَوَجَبَ أن يُقرَّعَ بينهما ، كالْعَبْدَيْنِ إذا أَعْتَقَهُمَا في مَرَضِهِ فلم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا أَحَدُهُما ، أو كما لو أَرَادَ السَّفَرُ بِأَحَدِي نِسَائِهِ . وقولُ أبي حنيفةَ ليس بِصَحِيحٍ ؛ فإنَّ الْعَيْنَ لم تَتَلَفْ ، ولو تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ منه فلا ضَمَانَ عليه ، وليس في جَهْلِهِ تَفْرِيطٌ ، إذ ليس في وَسْعِهِ أن لا يَنْسَى ولا يَجْهَلَ .

١٠٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أودَعَ شَيْئًا ، فَأَخَذَ بَعْضَهُ ، ثُمَّ رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ ، فَضَاعَ الْكُلُّ ، لَزِمَهُ مِقْدَارُ مَا أَخَذَ)

وجملته أن مَنْ أودَعَ شَيْئًا ، فَأَخَذَ بَعْضَهُ ، لَزِمَهُ ضَمَانُ مَا أَخَذَ ، فإن رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ ، لم يَزُلِ الضَّمَانُ عنه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال مالكٌ : لا ضَمَانُ عليه إذا رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : إن لم يَنْتَفِقْ ما أَخَذَهُ ، وَرَدَّهُ^(١) ، لم يَضْمَنْ ، وإن أَنْفَقَهُ ثُمَّ رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ ضَمِنَ . ولنا ، أن الضَّمَانَ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ بِالْأَخْذِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو تَلَفَ في يَدِهِ قَبْلَ رَدِّهِ ضَمِنَهُ ، فلا يَزُولُ إلَّا بِرَدِّهِ إلى صاحبه كَالْمَغْصُوبِ . فَأَمَّا سَائِرُ الْوَدِيعَةِ ، فَيُنْظَرُ فِيهِ ؛ فَإِنَّ كَانَ في كَيْسٍ مَخْتُومٍ أَوْ مَشْدُودٍ ، فَكَسَرَ الْخَتَمَ أَوْ حَلَّ الشَّدَّ ، ضَمِنَ ، سِوَاءِ

(٢) في ١ ، م : « أنكرها » .

(٣) في ب : « وهو » .

(٤-٤) في ب : « بينهما » .

(١) في ١ ، ب : « ورد » .

أُخْرِجَ مِنْهُ أَوْ لَمْ يُخْرِجْ ؛ لِأَنَّهُ هَتَكَ الْحِرْزَ بِفَعْلٍ تَعَدَّى بِهِ . وَإِنْ حَرَقَ الْكِيسَ فَوْقَ الشَّدِّ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مَا حَرَقَ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ مَا هَتَكَ الْحِرْزَ . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الدَّرَاهِمُ فِي كَيْسٍ ، أَوْ كَانَتْ فِي كَيْسٍ غَيْرِ مَشْدُودٍ ، أَوْ كَانَتْ ثِيَابًا فَأَخَذَ مِنْهَا وَاحِدًا ثُمَّ رَدَّهُ بِعَيْنِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ فِي غَيْرِهِ . وَإِنْ رَدَّ بَدَلَهُ وَكَانَ مُتَمَيِّزًا ، لَمْ يَضْمَنْ غَيْرَهُ لَذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَمَيِّزًا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ هُنَا أَنَّهُ لَا يَضْمَنْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّ التَّعَدَّى اخْتَصَّ ٢١١/٦ بِهِ ، فَيَخْتَصُّ / الضَّمَانُ بِهِ ، وَخَلَطُ الْمَرْدُودِ بِغَيْرِهِ لَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ مَعَهَا ، فَلَمْ يُفَوِّتْ عَلَى نَفْسِهِ إِمْكَانَ رَدِّهَا^(٢) ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ . وَلَوْ أُذِنَ لَهُ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ فِي الْأَخِذِ مِنْهَا ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِرَدِّ بَدَلِهِ ، فَأَخَذَ ثُمَّ رَدَّ بَدَلًا مَا أَخَذَ ، فَهُوَ كَرَدِّ بَدَلٍ مَا لَمْ يُؤَدَّنْ فِي أَخِذِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَضْمَنْ الْكُلُّ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ خَلَطَ الْوَدِيعَةَ بِمَا لَا يَتَمَيِّزُ مِنْهَا ، فَضَمَّنَ الْكُلُّ ، كَمَا لَوْ خَلَطَهَا بِغَيْرِ الْبَدَلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فَرَقًا بَيْنَ الْبَدَلِ وَغَيْرِهِ ، فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا كَسَرَ خَتَمَ الْكِيسِ ، لَمْ يَلْزِمُهُ ضَمَانُ الْوَدِيعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ فِي غَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ هَتَكَ حِرْزَهَا ، فَضَمِنَهَا إِذَا تَلَفَتْ ، كَمَا لَوْ أُوْدَعَهُ إِيَّاهَا فِي صُنْدُوقٍ مُقْفَلٍ^(٣) ، فَفَتَحَهُ وَتَرَكَهُ مَفْتُوحًا . وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ فِي غَيْرِ الْخَتَمِ .

فصل : وَإِذَا ضَمِنَ الْوَدِيعَةَ بِالِاسْتِعْمَالِ أَوْ بِالْجَحْدِ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، زَالِ عَنْهُ الضَّمَانُ ، فَإِنْ رَدَّهَا صَاحِبُهَا إِلَيْهِ ، كَانَ ابْتِدَاءَ اسْتِثْمَانٍ ، وَإِنْ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَيْهِ ، وَلَكِنْ جَدَّدَ لَهُ الْاسْتِثْمَانُ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الضَّمَانِ ، بَرِئَ مِنَ الضَّمَانِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ حَقُّهُ ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ مِنْهُ بَرِئَ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِذَا جَدَّدَ لَهُ^(٤) اسْتِثْمَانًا ، فَقَدْ انْتَهَى الْقَبْضُ الْمَضْمُونُ بِهِ ، فَزَالَ الضَّمَانُ . وَقَدْ قَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا رَهَنَ الْمُغْصُوبَ عِنْدَ الْغَاصِبِ ، أَوْ أُوْدَعَهُ عِنْدَهُ ، زَالِ عَنْهُ ضَمَانُ الْعَصَبِ ، فَهَهُنَا أَوْلَى .

(٢) فِي ب : « الرَدِّ » .

(٣) فِي ب : « بِقِفْلٍ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

فصل : ولو تَعَدَّى فَلَيْسَ الثَّوبُ ، أَوْ رَكِبَ^(٥) الدَّابَّةَ ، أَوْ أَخَذَ الْوَدِيعَةَ لَيْسَتْ عَمَلُهَا ، أَوْ لِيَحُونَ^(٦) فِيهَا ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا بِنَيَّْةِ الْأَمَانَةِ ، لَمْ يَسْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَرَأَى ؛ لِأَنَّهُ مُمَسِّكٌ لَهَا بِإِذْنِ مَالِكِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ التَّعَدَّى . وَلَنَا ، / أَنَّهُ ضَمِنَهَا بِعُدْوَانٍ ، فَبَطَلَ الْإِسْتِثْنَانُ ، كَمَا لَوْ جَحَدَهَا ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، وَبِهَذَا^(٧) يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ^(٨) .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الْإِدَاعُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنْ أُوْدِعَ طِفْلٌ أَوْ مَعْتُوهُ إِنْسَانًا وَدِيعَةً ، ضَمِنَهَا بِقَبْضِهَا ، وَلَا يَزُولُ الضَّمَانُ عَنْهُ بِرَدِّهَا إِلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِدَفْعِهَا إِلَى وَلِيِّهِ النَّاطِرِ لَهُ فِي مَالِهِ ، أَوْ الْحَاكِمِ . فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، صَحَّ إِيدَاعُهُ لَمَّا أُذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كَالْبَالِغِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى ذَلِكَ . فَإِنْ أُوْدِعَ رَجُلٌ عِنْدَ صَبِيٍّ أَوْ مَعْتُوهِ وَدِيعَةً ، فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، سَوَاءً حَفِظَهَا أَوْ فَرَطَ فِي حِفْظِهَا . فَإِنْ أَتْلَفَهَا ، أَوْ أَكَلَهَا ، ضَمِنَهَا فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَظَاهِرِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّطَهُ عَلَى إِتْلَافِهَا بِدَفْعِهَا إِلَيْهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا^(٩) ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ دَفَعَ إِلَى صَغِيرٍ سِكِّينًا ، فَوَقَعَ عَلَيْهَا ، كَانَ ضَمَانُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ؟ وَلَنَا ، أَنَّ مَا ضَمِنَهُ^(١٠) بِإِتْلَافِهِ قَبْلَ الْإِدَاعِ ، ضَمِنَهُ بَعْدَ الْإِدَاعِ ، كَالْبَالِغِ . وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ سَلَّطَهُ عَلَى إِتْلَافِهَا . وَإِنَّمَا اسْتَحْفَظَهُ إِيَّاهَا ، وَفَارَقَ دَفْعَ السِّكِّينِ ، فَإِنَّهُ سَبَبٌ لِلْإِتْلَافِ^(١١) ، وَدَفْعُ الْوَدِيعَةِ بِخِلَافِهِ .

فصل : وَإِنْ أُوْدِعَ عَبْدًا وَدِيعَةً ، خُرِّجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الصَّغِيرِ ، إِنْ قُلْنَا : لَا

(٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « وَرَكِبَ » .

(٦) فِي أ ، م : « لِيَحُونَ » .

(٧) فِي أ : « وَهَذَا » .

(٨) فِي م : « ذَكَرْنَاهُ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب ، وَفِي أ : « الضَّمَانُ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ ، أ : « ضَمِنَ » .

(١١) فِي ب : « الْإِتْلَافُ » .

يَضْمَنُ الصَّبِيَّ . فَأَتْلَفَهَا الْعَبْدُ ، كَانَتْ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَضْمَنُ . كَانَتْ فِي رَقَبَتِهِ .

فصل : وَإِنْ غُصِبَتِ الْوَدِيعَةُ مِنَ الْمُودَعِ قَهْرًا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ أُخِذَتْ مِنْ يَدِهِ ، أَوْ أُكْرِهَ عَلَى تَسْلِيمِهَا فَسَلَّمَهَا بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ عُذْرٌ لَهُ ^(١٢) ، يُبَيِّحُ ^(١٣) دَفْعَهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ أُخِذَتْ مِنْ يَدِهِ قَهْرًا .

(١٢) فِي م : وَ لَهَا .

(١٣) فِي م زِيَادَةٌ : وَ لَهُ .

باب قِسْمَةِ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ وَالصَّدَقَةِ

الْفَيْءُ : هو الرَّاجِعُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ بِغَيْرِ قِتَالٍ . يُقَالُ : فَاءَ الْفَيْءُ . / إذا رَجَعَ نَحْوَ الْمَشْرِيقِ . وَالْغَنِيمَةُ : مَا أُخِذَ مِنْهُمْ قَهْرًا بِالْقِتَالِ . وَاشْتِقَاقُهَا مِنَ الْغَنَمِ ، وَهُوَ الْفَائِدَةُ . وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١) فِي الْحَقِيقَةِ ^(٢) فَيْءٌ وَغَنِيمَةٌ ، وَإِنَّمَا خُصَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِاسْمٍ مُبَيَّنٍّ بِهِ عَنِ الْآخَرِ ، وَالْأَصْلُ فِيهِمَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى ﴾ الْآيَةُ ^(٣) ، وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ الْآيَةُ ^(٤) .

١٠٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَالْأَمْوَالُ ثَلَاثَةٌ ؛ فَيْءٌ ، وَغَنِيمَةٌ ، وَصَدَقَةٌ)

يعنى - والله أعلم - أن ^(١) الْأَمْوَالُ الَّتِي تَلِيهَا الْوَلَاةُ مِنْ أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنَّهَا ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ ؛ قِسْمَانِ يُؤَخَذَانِ مِنْ مَالِ الْمُشْرِكِينَ ، أَحَدُهُمَا الْفَيْءُ : وَهُوَ مَا أُخِذَ مِنْ مَالِ مُشْرِكٍ لَمْ يُوجَفْ عَلَيْهِ بِخَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ ، كَالَّذِي تَرَكُوهُ فَرَّغًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَهَرَبُوا ، وَالْجِزْيَةُ وَعُسْرُ أَمْوَالِ أَهْلِ دَارِ ^(٢) الْحَرْبِ إِذَا دَخَلُوا إِلَيْنَا تِجَارًا ، وَنِصْفُ عُسْرِ تِجَارَاتِ أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَخَرَجُ الْأَرْضَيْنِ ، وَمَالٌ مَنْ مَاتَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ وَلَا وَارِثَ لَهُ . وَالْغَنِيمَةُ : مَا أُخِذَ بِالْقَهْرِ وَالْقِتَالِ مِنَ الْكُفَّارِ . وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ ؛ الصَّدَقَةُ : وَهُوَ مَا أُخِذَ مِنْ مَالِ

(١-١) سقط من : ب .

(٢) سورة الحشر ٧ .

(٣) سورة الأنفال ٤١ .

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢) سقط من : ب .

مُسْلِمٍ تَطْهِيرًا لَهُ ، وَهُوَ الزَّكَاةُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هَا . يُرَوَّى أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَرَأَ قَوْلَهُ تَعَالَى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴾ حَتَّى بَلَغَ : ﴿ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ ^(١) . ثُمَّ قَالَ : هَذِهِ هَؤُلَاءِ . ثُمَّ قَرَأَ : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ حَتَّى بَلَغَ : ﴿ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾ ^(٢) . ثُمَّ قَالَ : هَذِهِ هَؤُلَاءِ . ثُمَّ قَرَأَ : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى ﴾ حَتَّى بَلَغَ : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ ﴾ ^(٣) . ثُمَّ قَالَ : هَذِهِ اسْتَوْعَبَتْ الْمُسْلِمِينَ عَامَّةً ، وَلِئِنْ عِشْتُ لِيَأتِيَنَّ الرَّاعِي وَهُوَ بِسَرِّهِ جَمِيرٌ ^(٤) نَصِيْبُهُ مِنْهَا ، لَمْ يَغْرُقْ فِيهَا ^(٥) جَبِيْنُهُ ^(٦) .

فصل : وَلَمْ تَكُنِ الْغَنَائِمُ تَحِلُّ لِمَنْ مَضَى مِنَ الْأُمَمِ وَإِنَّمَا عَلِمَ اللَّهُ تَعَالَى ضَعْفَنَا ، فَطَبَّحَهَا لَنَا ، رَحْمَةً لَنَا ، وَرَأْفَةً بِنَا ، وَكَرَامَةً لِنَبِيِّنَا ﷺ . رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « أُعْطِيتُ خُمْسًا لَمْ يُعْطَهُنَّ / نَبِيٌّ قَبْلِي » . فَذَكَرَ فِيهَا : « أَحَلَّتْ لِي الْغَنَائِمُ » . ^(١) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَقَالَ سَعِيدٌ ^(٣) : حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ ، عَنْ الْأَعْمَشِ ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ ، عَنْ أَبِي

(٣) سورة التوبة ٦٠ .

(٤) سورة الأنفال ٤١ .

(٥) سورة الحشر ٧ - ١٠ .

(٦) السرو من الجبل : ما ارتفع عن مجرى السيل ، وانحدر عن غلظ الجبل ، ومنه سرو حمير لما نزلهم بأرض اليمن ، وهو عدة مواضع . انظر : معجم البلدان ٣ / ٨٩ .

(٧) في ١ ، م : « به » . وفي سنن البيهقي : « فيه » .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قول أمير المؤمنين عمر ... ، من كتاب قسم الفئ والعزيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٥٢ .

(٩-٩) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

وتقدم تخرج الحديث في : ١ / ١٣ .

وقوله ﷺ : « أَحَلَّتْ لِي الْغَنَائِمُ » مفردا ، أخرجه البخاري ، في : باب قول النبي ﷺ : أَحَلَّتْ لَكُمْ الْغَنَائِمُ ، من كتاب الخمس . صحيح البخاري ٤ / ١٠٤ .

(١٠) في : باب جامع الشهادة ، سنن سعيد بن منصور ٢ / ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب سورة الأنفال الآية ٦٧ ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١١ / ٢٢١ ، ٢٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٥٢ .

هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لَمْ تَحِلَّ الْعَنَائِمُ لِقَوْمِ سُودِ الرُّعُوسِ غَيْرِكُمْ ، كَأَنَّهُ تَنْزِيلُ نَارٍ مِنَ السَّمَاءِ تَأْكُلُهَا »^(١١) ثم كانت في أوّل الإسلام لرسول الله ﷺ ، بدليل قول الله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَأَتَقُصُوا آلَهُ ﴾^(١٢) . ثم صار أربعة أخماسها للغانمين ، والخمُسُ لغيرهم ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ . فأضاف العنيمة إليهم ، وجعل الخمُسَ لغيرهم ، فيدلُّ ذلك^(١٣) على أنَّ سائرَها لهم ، وجرى ذلك مجرى قوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾^(١٤) . أضاف ميراثه إليهما ، ثم جعل للأمِّ منه الثلث ، فدلَّ على أنَّ الباقي للأب . وقال تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا ﴾^(١٥) . فأحلَّها لهم .

١٠٧٦ - مسألة ؛ قال : (قَالَفِي مَا أَخَذَ مِنْ مَالٍ مُشْرِكٌ^(١) ، وَلَمْ يُوجَفْ عَلَيْهِ بِخَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ . وَالْعَنِيمَةُ مَا أُوجِفَ عَلَيْهِ^(٢))

الركاب : الإبل خاصة . والإيجاف أصله التحريك ، والمراد^(٣) ههنا الحركة في السير إليه . قال قتادة : ﴿ فَمَا أُوجِفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ ﴾^(٤) ما قطعتم واديًا ، ولا سيرتم إليها ذابَّةً ، إنما كانت حوائط بني النضير ، أطعمها الله رسول الله ﷺ . قال

(١١) في ١ ، م : « فتأكلها » . وجاء بعد ذلك في الأصل ، ١ ، ب زيادة : « متفق عليه » . وهو ما سبق سقوطه من هذه النسخ بعد الحديث السابق .

(١٢) سورة الأنفال ١ .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) سورة النساء ١١ .

(١٥) سورة الأنفال ٦٩ .

(١) في م زيادة : « بحال » .

(٢) في م : « عليها » .

(٣) في ب زيادة : « به » .

(٤) سورة الحشر ٦ .

أبو عُبَيْدٍ : الإيجاف ، الإيضاع . يعنى الإسراع . وقال الزَّجَّاجُ : الوَجِيفُ دون التَّقْرِيبِ من السَّيْرِ . يقال : وَجَفَ الفَرَسُ ، وَأَوْجَفْتُهُ ^(٥) أنا . قال الله تعالى : ﴿ وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ ﴾ فكلُّ ما أُخِذَ من مالٍ مُشْرِكٍ بغيرِ إيجافٍ ، مثل الأموال التي يَتْرُكُونَهَا فَرَعًا من المسلمين ، ونحو ذلك ، فهو فَيٌّ . وما أَجْلَبَ عليه المسلمون ، وساروا إليه ، وقَاتَلُوا ^(٦) عليه ، فهو / غَنِيمةٌ ، سواءٌ أُخِذَ عَنْوَةً ، أو اسْتَنْزَلُوا أَهْلَهُ بِأَمَانٍ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ افْتَتَحَ حُصُونًا خَيْرَ بَعْضِهَا عَنْوَةً ، وبعضَهَا اسْتَنْزَلَ أَهْلَهُ بِالْأَمَانِ ، فكانت غَنِيمةً كُلِّهَا ^(٧) .

١٠٧٧ - مسألة ؛ قال : (فُخْمَسُ الْفَيِّْ وَالْغَنِيمةُ مَقْسُومٌ عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ)

في هذه المسألة فصول أربعة :

أحدها : أَنَّ الْفَيَّْ مَخْمُوسٌ ، كما تُخْمَسُ الْغَنِيمةُ ، في إحدى الروايتين . وهو مذهبُ الشافعي . والرواية الثانية ، لا يُخْمَسُ . نقلها أبو طالب ، فقال : إِنَّمَا تُخْمَسُ الْغَنِيمةُ . قال القاضي : لم أَجِدْ مِمَّا قال الْخِرَقِيُّ من أَنَّ الْفَيَّْ مَخْمُوسٌ نَصًّا فَأَحْكِيهِ ^(١) ، وَإِنَّمَا نَصَّ على ^(٢) أَنَّهُ غَيْرُ مَخْمُوسٍ . وهذا قولُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : وَلَا يُحْفَظُ عَنْ أَحَدٍ قَبْلَ الشَّافِعِيِّ فِي الْفَيِّْ خُمْسٌ ، كَخُمْسِ الْغَنِيمةِ . وأخبارُ عَمَرَ تَدُلُّ على ما قاله الشافعي ، ولأنَّ اللَّهَ تعالى قال : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ ﴾ . الآية ^(٣) . فجعله كَلَّهُ لهم ، ولم

^(١) لعله يَقَصِّرُ خِلَافَ ما قاله الشافعي .

(٥) في م : « وَأَوْجَفْتُ » .

(٦) في م : « وَقَاتَلُوهُمْ » .

(٧) انظر ما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في حكم أرض خيبر ، من كتاب الإمامة . سنن أبي داود ٢ / ١٤٣ .

والبهيقي ، في : باب قسمة ما حصل من الغنيمة ... ، من كتاب قسم الفَيِّ والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣١٨ .

(١) في ب : « فَأَحْكِمِهِ » .

(٢) في ب : « عليه » .

(٣) سورة الحشر ٧ - ١٠ .

يَذْكُرُ خُمْسًا. وَلَمَّا قَرَأَ عُمَرُ هَذِهِ الْآيَةَ قَالَ : هَذِهِ اسْتَوْعَبَتِ الْمُسْلِمِينَ ^(٤) . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ
 قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى
 وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كُنِيَ لَا يَكُونُ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ . فظَاهِرُ هَذَا
 أَنَّ جَمِيعَهُ لِهَؤُلَاءِ ، وَهُمْ أَهْلُ الْخُمْسِ ، وَجَاءَتِ الْأَخْبَارُ عَنْ عُمَرَ دَالَّةٌ عَلَى اشْتِرَاكِ جَمِيعِ
 الْمُسْلِمِينَ فِيهِ ، فَوَجَبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، كَيْلَا تَتَنَاقَضَ الْآيَةُ وَالْأَخْبَارُ وَتَتَعَارَضَ ، وَفِي
 إِجْبَابِ الْخُمْسِ فِيهِ جَمْعٌ بَيْنَهُمَا وَتَوْفِيقٌ ، فَإِنَّ خُمْسَهُ لِلَّذِي سُمِّيَ فِي الْآيَةِ ، وَسَائِرِهِ
 يَنْصَرِفُ إِلَى مَنْ فِي الْحَبَرِ ، كَالْغَنِيمَةِ . وَلَأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ مَظْهُورٌ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ
 يُخَمَّسَ ، كَالْغَنِيمَةِ وَالرَّكَازِ . وَرَوَى الْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ ، قَالَ : لَقِيتُ خَالِي وَمَعَهُ
 الرَّأْيَةُ ، فَقُلْتُ : إِلَى أَيْنَ ؟ فَقَالَ : بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى رَجُلٍ عَرَّسَ بِامْرَأَةِ أَبِيهِ ، أَنْ
 أَضْرِبَ / عُنُقَهُ ، وَأُخَمَّسَ مَالُهُ ^(٥) .

٢١٣/٦ ط

الفصل الثاني : أَنَّ الْغَنِيمَةَ مَخْمُوسَةٌ ، وَلَا اخْتِلَافَ ^(٦) فِي هَذَا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ بِحَمْدِ
 اللَّهِ . وَقَدْ نَطَّقَ بِهِ الْكِتَابُ الْعَزِيزُ ، فَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ
 لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ ^(٧) . لَكِنْ اخْتَلَفَ فِي أَشْيَاءَ ؛ مِنْهَا سَلَبُ الْقَاتِلِ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّهُ
 لَا يُخَمَّسُ ؛ فَإِنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : كُنَّا لَا نُخَمِّسُ السَّلَبَ ^(٨) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ
 ﷺ : « مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ » ^(٩) . يَقْتَضِي أَنَّهُ لَهُ كُلُّهُ ، وَلَوْ خُمْسٌ لَمْ يَكُنْ جَمِيعُهُ

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٨٢ .

(٥) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يزني بحريمه ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٦٧ . والترمذي ،
 في : باب في من تزوج امرأة أبيه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١١٧ . وابن ماجه ، في : باب من
 تزوج امرأة أبيه من بعده ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٦٩ .

(٦) في ب : « خلاف » .

(٧) سورة الأنفال ٤١ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب السلب والمبارزة ، من كتاب الجهاد . المصنف ٥ / ٢٣٣ .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب من لم يخمس الأسلاب ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب قول الله تعالى :
 ﴿ وَيَوْمَ نَحْنُ إِذْ أَعْجَبْتَكُمْ كُفَرْتُمْ ... ﴾ . من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٤ / ١١٢ ، ٥ / ١٩٦ = .

له . وعن أبي قتادة ، أنَّ رسول الله ﷺ نَفَلَ سَلَبَ رَجُلٍ قَتَلَهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ ، ولم يُخَمَّسْ . رواه سعيدٌ ، في «سُنَنِهِ»^(١٠) . ومنها ، إذا قال الإمامُ : مَنْ جاءَ بعشرةِ رؤوسٍ فَلَهُ رأسٌ ، ومن طَلَعَ الحصنَ فَلهُ كذا من النَّفْلِ . فالظاهرُ أنَّ هذا غيرُ مَحْمُوسٍ ؛ لأنَّه في معنى السَّلَبِ . ومنها ، إذا قال الإمامُ : مَنْ أخذ شيئاً فهو له . وقُلْنَا : يجوزُ ذلك . فقد قيلَ : لا خُمُسَ فيه ؛ لأنَّه في معنى الذى قبله . والصحيحُ أنَّ الخُمُسَ لا يَسْقُطُ ؛ لأنَّه يَدْخُلُ في عُمومِ الآيةِ ، ولا يَدْخُلُ في معنى السَّلَبِ والنَّفْلِ ؛ لأنَّ تَرْكَ تَحْمِيسِهِمَا لا يُسْقِطُ خُمُسَ الغنيمَةِ بالكُلِّيَّةِ ، وهذا يُسْقِطُهُ ، فلا يكونُ تَحْصِيصًا بل نَسْخًا لِحُكْمِهَا ، ونَسْخُهَا بالقياسِ غيرُ جائزٍ اتِّفَاقًا . ومنها ؛ إذا دخل قومٌ لا مَنَعَةَ لَهُم دَارَ الحربِ بِغَيْرِ إِذْنِ الإمامِ ، فقد قيلَ : إِنَّ مَا غَنِمُوهُ^(١١) لَهُم من غيرِ أَنْ يُخَمَّسَ . والصحيحُ أَنَّهُ يُخَمَّسُ ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِمْ أَرْبَعَةُ أَحْصَاسِهِ ؛ لَدْخُولِهِ في عُمومِ الآيةِ ، وعدمِ دليلٍ يُوجِبُ تَحْصِيصَهُ .

الفصل الثالث : أَنَّ الخُمُسَ مِمَّا يَجِبُ خُمُسُهُ مِنَ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ شَيْءٌ وَاحِدٌ ، في مَصْرِفِهِمَا ، وَحُكْمِهِمَا ، ولا اِخْتِلَافَ في هذا بين القائلينَ^(١٢) «بُوجُوبِ الخُمُسِ»^(١٣) فيهِمَا ، فَإِنَّ الْقَائِلَ بِبُوجُوبِ الخُمُسِ فِي الْفَيْءِ غَيْرَ مَنْ قَالَهُ مِنْ أَصْحَابِنَا الشَّافِعِيُّ ، وَقَدْ وَافَقَ عَلَى هَذَا ، فَإِنَّهُ قَالَ^(١٤) : الْفَيْءُ وَالْغَنِيمَةُ يَجْتَمِعَانِ فِي أَنَّ فِيهِمَا الخُمُسَ لِمَنْ سَمَّاهُ اللَّهُ تَعَالَى : يَعْْنِي فِي سُورَةِ الْأَنْفَالِ ، فِي قَوْلِهِ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ . الْآيَةُ ، وَفِي سُورَةِ الْحَشْرِ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى

٢١٤/٦ و

= ومسلم ، في : باب استحقات القتال سلب القتيل ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ١٣٧١ / ٤ . وأبو داود ، في : باب السلب يعطى القتال ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢ / ٦٤ ، ٦٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من قتل قتيلًا فله سلبه ، من كتاب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٥٧ . وابن ماجه ، في : باب المارزة والسلب ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٤٧ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في السلب ، من كتاب الجهاد ، الموطأ ٢ / ٤٥٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ١١٤ ، ١٢٣ ، ١٩٠ ، ٢٧٩ ، ٥ / ١٢ ، ٢٩٥ ، ٣٠٦ . (١٠) في : باب النفل والسلب ، سنن سعيد بن منصور ٢ / ٢٥٩ .

(١١) في الأصل ، ب : « غنموا » .

(١٢-١٣) في الأصل ، أ ، ب : « بالخمس » .

(١٣) في أ ، م ، زيادة : « في » .

رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى ﴿١٤﴾ الْآيَةُ ، وَالْمُسْمُونُونَ فِي الْآيَتَيْنِ شَيْءٌ وَاحِدٌ .

الفصل الرابع : أَنَّ الْخُمْسَ يُقَسَّمُ عَلَى ^(١٤) خَمْسَةِ أَسْهُمٍ . وَهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحَعِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَابْنُ جُرَيْجٍ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقِيلَ : يُقَسَّمُ عَلَى سِتَّةٍ ؛ سَهْمٌ لِلَّهِ تَعَالَى ، وَسَهْمٌ لِرَسُولِهِ ، لظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِلَّذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾ . فَعَدَّ سِتَّةً ، وَجَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى لِنَفْسِهِ سَهْمًا سَادِسًا ، وَهُوَ مَرْدُودٌ عَلَى عِبَادِ اللَّهِ أَهْلِ الْحَاجَةِ ، وَقَالَ أَبُو الْعَالِيَةِ : سَهْمٌ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ هُوَ أَنَّهُ إِذَا عَزَلَ الْخُمْسَ ضَرَبَ بِيَدِهِ ^(١٥) ، فَمَا قَبِضَ عَلَيْهِ مِنْ شَيْءٍ جَعَلَهُ لِلْكَعْبَةِ ، فَهُوَ الَّذِي سُمِّيَ اللَّهُ تَعَالَى لَا تَجْعَلُوا لَهُ نَصِيبًا ، فَإِنَّ لِلَّهِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةَ ، ثُمَّ يُقَسَّمُ بَقِيَّةُ السَّهْمِ الَّذِي عَزَلَهُ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ . وَرَوَى عَنِ الْحَسَنِ ، وَقَتَادَةَ ، فِي سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، كَانَتْ طُعْمَةً لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَيَاتِهِ ، فَلَمَّا تَوَفَّى حَمَلَ عَلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ^(١٦) . وَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرُ قَسَمَا الْخُمْسَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ^(١٧) . وَنَحْوَهُ حُكْيَ ^(١٨) عَنْ ^(١٩) الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ ^(٢٠) . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، قَالُوا : يُقَسَّمُ الْخُمْسُ عَلَى ثَلَاثَةِ ؛ الْيَتَامَى ،

(١٤) فِي م : « إِلَى » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٦) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى مِنَ الْخُمْسِ ، مِنْ كِتَابِ قِسْمِ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٦ / ٣٤٢ ، ٣٤٣ عَنْ الْحَسَنِ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْخُمْسِ وَسَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . الْمُصَنَّفِ ٥ / ٢٣٨ ، ٢٣٩ . عَنِ الْحَسَنِ وَالطَّبْرِيِّ ، فِي : بَابِ تَفْسِيرِ سُورَةِ الْأَنْفَالِ ، الْآيَةِ رَقْمَ ٤١ . تَفْسِيرُ الطَّبْرِيِّ ١٠ / ٦ ، ٧ . عَنِ الْحَسَنِ وَقَتَادَةَ .

(١٧) انْظُرْ نَصَبَ الرَّايَةِ ، فِي كِتَابِ السَّرِيرِ ٣ / ٤٢٤ . وَالطَّبْرِيُّ ، فِي : بَابِ تَفْسِيرِ سُورَةِ الْأَنْفَالِ ، الْآيَةِ رَقْمَ ٤١ ، تَفْسِيرُ الطَّبْرِيِّ ١٠ / ٧ . عَنْ أَبِي بَكْرٍ .

(١٨) فِي أ : « يَحْكِي » .

(١٩) الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ الْهَاشِمِيِّ الْعُلَوِيِّ ، كَانَ مِنْ عَقْلَاءِ بَنِي هَاشِمٍ وَعِلْمَائِهِمْ . تَوَفَّى سَنَةَ إِحْدَى وَمِائَةٍ .

وَقِيلَ : فِي سَنَةِ خَمْسٍ وَتِسْعِينَ . الْعَبَرِ ١ / ١٢٢ .

والمساكين ، وابن السبيل . وأسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته ، وسهم قرابته أيضا . وقال مالك : الفىء والخمس واحد ، يُجعلان في بيت المال . قال ابن القاسم : وبلغني عن ثقيف به ، أن مالكا قال : يُعطى الإمام أقرباء رسول الله ﷺ على ما يرى . وقال الثوري : الخمس^(٢٠) يضعه الإمام حيث أراه الله عز وجل . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ / وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ . وسهم الله والرسول واحد . كذا قال عطاء ، والشعبي . وقال الحسن بن محمد بن محمد بن الحنفية وغيره : قوله : ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ افتتاح كلام . يعني أن ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه^(٢١) ، تبركا به . لا لإفراجه بسهم ، فإن الله تعالى الدنيا والآخرة . وقد روى عن ابن عمر ، وابن عباس ، قال : كان رسول الله ﷺ يُقسم الخمس على خمسة^(٢٢) . وما ذكره أبو العالية فشىء لا يدل عليه رأي ، ولا يقتضيه قياس ، ولا يُصار إليه إلا بنص صحيح يجب التسليم له ، ولا نعلم في ذلك أثرا صحيحا ، سوى قوله ، فلا يترك ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبي العالية . وما قاله أبو حنيفة ، فمخالف لظاهر الآية ؛ فإن الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئا ، وجعل لهما في الخمس حقا ، كما سمى للثلاثة الأصناف الباقية ، فمن خالف ذلك ، فقد خالف نص الكتاب . وأما حمل أبي بكر وعمر ، رضي الله عنهما ، على سهم ذى القربى في سبيل الله ، فقد ذكر لأحمد ، فسكت ، وحرّك رأسه ، ولم يذهب إليه ، ورأى أن قول ابن عباس ومن وافقه أولى ؛ لموافقته^(٢٣) كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ ، فإن ابن عباس لما سُئل عن سهم ذى القربى ، قال : إنا

(٢٠) في م : « والحسن » .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٧١ . عن ابن عمر . والبيهقي ، في : باب بيان مصرف الغنime في ابتداء

الإسلام ... ، من كتاب قسم الفىء والغنime . السنن الكبرى ٦ / ٢٩٣ . عن ابن عباس .

(٢٣) في الأصل ، ا ، ب : « لموافقة » .

كُنَّا نَزْعُهُمْ أَنَّهُ (٢٤) لَنَا، فَأَبَى ذَلِكَ عَلَيْنَا قَوْمُنَا (٢٥). ولعله أراد (٢٦) بقوله: أَبَى ذَلِكَ (٢٦) عَلَيْنَا قَوْمُنَا. فَعَلَ أُمِّي بَكْرٍ وَعَمْرٌ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فِي حَمْلِهِمَا عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَمَنْ تَبِعَهُمَا عَلَى ذَلِكَ. وَتَمَيَّيْنَا اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ، وَكَانَ قَوْلُ بَعْضِهِمْ يُوَافِقُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ، كَانَ أَوَّلَى. وَقَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ مُوَافِقٌ لِلْكِتَابِ (٢٧) وَالسُّنَّةِ؛ فَإِنَّ جُبَيْرَ بْنَ مُطْعِمٍ رَوَى، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَقْسِمْ لِبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَلَا لِبَنِي (٢٨) نَوْفَلٍ مِنَ الْخُمْسِ شَيْئًا، كَمَا كَانَ يَقْسِمُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَلِبَنِي (٢٩) الْمُطَّلِبِ. وَأَنَّ أَبَا بَكْرٍ كَانَ يَقْسِمُ الْخُمْسَ نَحْوَ قَسْمِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يُعْطِي قُرْبَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، كَمَا كَانَ يُعْطِيهِمْ، وَكَانَ عَمْرٌ يُعْطِيهِمْ وَعِثَانٌ مِنْ بَعْدِهِ. رَوَاهُ أَحْمَدُ، فِي «مُسْنَدِهِ» (٣٠). وَقَدْ تُكَلِّمُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْ أُمِّي بَكْرٍ وَعَمْرٍ، أَنَّهُمَا حَمَلَا عَلَى سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى فِي سَبِيلِ اللَّهِ؛ فَقِيلَ: إِنَّهُ يَرْوِيهِ مُحَمَّدُ بْنُ مَرْوَانَ، وَهُوَ ضَعِيفٌ، عَنِ الْكَلْبِيِّ، وَهُوَ ضَعِيفٌ أَيْضًا، وَلَا يَصِحُّ عِنْدَ أَهْلِ الثَّقَلِ. فَإِنْ قَالُوا: فَالْتَّبِيُّ ﷺ لَيْسَ بِبَاقٍ، فَكَيْفَ يَتَّقَى سَهْمَهُ؟ قُلْنَا: جِهَةٌ صَرَفَهُ إِلَى التَّبِيِّ ﷺ مَصْلَحَةُ الْمُسْلِمِينَ، وَالْمَصَالِحُ بَاقِيَةٌ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا يَحِلُّ لِي مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَلَا مِثْلُ هَذِهِ، إِلَّا الْخُمْسُ، وَهُوَ مَرْدُودٌ عَلَيْكُمْ». رَوَاهُ سَعِيدٌ (٣١).

و ٢١٥/٦

(٢٤) في ١: «أَنْ ذَلِكَ».

(٢٥) أخرجه البيهقي، في: باب سهم ذِي الْقُرْبَى مِنَ الْخُمْسِ، مِنْ كِتَابِ قِسْمِ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ. السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤٥ / ٦.

(٢٦-٢٧) في ١، ب: «بِذَلِكَ أُمِّي».

(٢٧) في الْأَصْل، ب: «الْكِتَابُ».

(٢٨) في الْأَصْل، م: «بَنِي».

(٢٩) في الْأَصْل، ب: «وَبَنِي».

(٣٠) تقدم تخريجه في: ٤ / ١١١. وانظر المسند فيه.

(٣١) في: باب مَا جَاءَ فِي قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ. سنن سعيد بن منصور ٢ / ٢٧٦.

كما أخرجه أبو داود، في: باب فِدَاءِ الْأَمِيرِ بِالْمَالِ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ. سنن أبي داود ٢ / ٥٧. والنسائي، في: كتاب قسم الفَيْء. المجتبى ٧ / ١١٩، والإمام مالك، في: باب مَا جَاءَ فِي الْغُلُولِ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ. الموطأ ٢ / ٤٥٨. والإمام أحمد في: المسند ٤ / ١٢٧، ١٢٨، ٥ / ٣١٦، ٣١٩، ٣٢٦.

١٠٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَسَهْمٌ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُصْرَفُ فِي الْكُرَاعِ
وَالسَّلَاحِ وَمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ)

وهذا قول الشافعي ، فإنه قال : أختار أن يضعه الإمام في كل أمر خص به الإسلام وأهله ، من سد ثغر ، وإعداد كراع أو سلاح ، أو إعطائه أهل البلاء في الإسلام نفلاً عند الحرب وغير الحرب . وهذا نحو ما قال الخرقى . وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الغنيمة ، حضر أو لم يحضر ، كما أن^(١) سهام^(٢) بقیة أصحاب الخمس لهم ، حضروا أو لم يحضروا . وكان رسول الله ﷺ يصنع به ما شاء ، فلما توفى وليه أبو بكر ، ولم يسقط بموته . وقد قيل : إنما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ، ليعلم أن جهته جهة المصلحة ، وأنه ليس بمختص بالنبي ﷺ ، فيسقط بموته . وزعم قوم أنه سقط^(٣) بموته ، ويرد على أنصبياء الباقيين من أهل الخمس ؛ لأنهم شركاؤه . وقال آخرون : بل يرد على الغانمين ؛ لأنهم استحلوها بقتالهم ، وخرجت منها سهام منها سهم النبي ﷺ مادام حياً ، فإذا مات / وجب رده إلى من وجد سبب الاستحقاق فيه ، كما أن تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصية ، ثم بطلت الوصية ، رد إلى التركة . وقالت طائفة : هو للخليفة بعده ؛ لأن أبا بكر روى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « إذا أطعم الله نبياً طعمة ، ثم قبضه ، فهي^(٤) للذي يقوم بها من بعده » ، وقد رأيت أن أرده على المسلمين^(٥) . والصحيح أنه باق ، وأنه يصرف في مصالح المسلمين ، لكن الإمام يقوم مقام النبي ﷺ في صرفه فيما يرى ، فإن أبا بكر ، رضي الله عنه ، قال : لا أدع أمراً

(١) في ١ : « كان » .

(٢) في ١ ، م : « سهم » .

(٣) في ب : « يسقط » .

(٤) في ب ، م : « فهو » .

(٥) أخرجه أبو داود ، في : باب في صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ٢ / ١٣٠ .

والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤ .

رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَصْنَعُهُ فِيهِ إِلَّا صَنَعْتُهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَرَوَى عَنْ ^(٧) الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ ، أَنَّهُ قَالَ : اخْتَلَفُوا فِي هَذَيْنِ السَّهْمَيْنِ - يَعْنِي سَهْمَ الرَّسُولِ ﷺ وَسَهْمَ ذِي الْقُرْبَى - فَأَجْمَعَ رَأْيُهُمْ عَلَى أَنْ يَجْعَلُوهُمَا فِي الْخَيْلِ وَالْعُدَّةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَكَانَا فِي خِلَافَةِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ فِي الْخَيْلِ وَالْعُدَّةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ^(٨) .

فصل : وكان لرسول الله ﷺ من المَعْنَمِ الصَّغِيرِ ، وهو شيء يختاره من المَعْنَمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، كَالْجَارِيَةِ وَالْعَبْدِ وَالثَّوْبِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِ . وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَغَيْرِهِمْ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : إِنَّ ذَلِكَ انْقِطَعَ بِمَوْتِ النَّبِيِّ ﷺ . قَالَ أَحْمَدُ : الصَّغِيرُ إِنَّمَا كَانَ لِلنَّبِيِّ ﷺ خَاصًّا ^(٩) ، لَمْ يَبْقَ بَعْدَهُ . وَلَا نَعْلَمُ مُخَالَفًا لِهَذَا إِلَّا أَبَا ثَوْرٍ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِنَّ ^(١٠) كَانَ الصَّغِيرُ ثَابِتًا لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَلَمَّا مَاتَ أَنْ يَأْخُذَهُ عَلَى نَحْوِ مَا كَانَ يَأْخُذُهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَيَجْعَلَهُ مَجْعَلِ سَهْمِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ . فَجَمَعَ بَيْنَ الشُّكِّ فِيهِ فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَمُخَالَفَةِ الْإِجْمَاعِ فِي إِبْقَائِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا سَبَقَ أَبَا ثَوْرٍ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ . وَقَدْ أَتَكَرَّرَ قَوْمٌ كَوْنُ الصَّغِيرِ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، وَاجْتَحَبُوا بِمَا رَوَى عُمَرُ بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَفَعَ وَبَرَةً مِنْ ظَهْرِ بَعِيرٍ ^(١١) ، فَقَالَ : « مَا يَحِلُّ لِي مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَلَا مِثْلُ هَذِهِ ، إِلَّا الْخُمْسَ ، وَهُوَ مَرْدُودٌ عَلَيْكُمْ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(١٢) . وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١٣) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ

٢١٦/٦ و

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازي ، وفي : باب قول النبي ﷺ : لا نورث ما تركنا صدقة . من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ٥ / ١٧٨ ، ٨ / ١٨٥ . ومسلم ، في : باب قول النبي ﷺ : لا نورث ما تركنا فهو صدقة . من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٨٠ ، ١٣٨١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤ .

(٧) سقط من : ١ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب ذكر الخمس وسهم ذي القربى . من كتاب الجهاد . المصنف ٥ / ٢٣٨ .

(٩) في م : « خاصة » .

(١٠) في الأصل ، أ ، م : « بعيرة » .

(١١) في : باب ما جاء في قسمة الغنائم . سنن سعيد بن منصور ٢ / ٢٧٥ ، ٢٧٦ .

(١٢) في : باب في الإمام يستأثر بشيء من الفئء ... ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢ / ٧٤ ، ٧٥ . ولكن من =

أبى أمامة ، عن النبي ﷺ . ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ (١٣) . فَمَفْهُومُهُ أَنَّ بَاقِيَهَا لِلغَانِمِينَ . ولنا ، ما رَوَى أبو داود^(١٤) ، بإسناده ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ إِلَى بَنِي زُهَيْرِ بْنِ أَقِيْشٍ^(١٥) : « إِنَّكُمْ إِنْ شَهِدْتُمْ أَنَّ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ ، وَأَتَيْتُمْ^(١٦) الزَّكَاةَ ، وَأَدَيْتُمْ الْخُمْسَ مِنَ الْمَغْنَمِ ، وَسَهَمَ الصَّغْيَ ، إِنَّكُمْ آمِنُونَ بِأَمَانِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ » . وفي حديث وفد عبد القيس ، الذي رواه ابن عباس : « وَأَنْ يُعْطُوا سَهْمَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَالصَّغْيَ »^(١٧) . وقالت عائشة : كانت صَفِيَّةُ مِنَ الصَّغْيِ . رواه أبو داود^(١٨) . وَأَمَّا انْقِطَاعُهُ بَعْدَ النَّبِيِّ ﷺ ، فثَابِتٌ بِإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ قَبْلَ أَنْ تُؤَيَّرَ وَبَعْدَهُ عَلَيْهِ ، وَكَوْنِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعِثَانُ وَمَنْ بَعْدَهُمْ لَمْ يَأْخُذُوهُ ، وَلَا ذَكَرَهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ ، وَلَا يُجْمَعُونَ عَلَى تَرْكِ سُنَّةِ النَّبِيِّ ﷺ .

١٠٧٩ - مسألة : قال : (وَخُمْسٌ مَقْسُومٌ فِي صَلَيبَةِ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ ابْنِ عَبْدِ مَنَافٍ ، حَيْثُ كَانُوا ، لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى)

يعنى بقوله : « فِي صَلَيبَةِ بَنِي هَاشِمٍ » . أولاده دون مَنْ يُعَدُّ مَعَهُمْ مِنْ مَوَالِيهِمْ وَخُلَفَائِهِمْ . وفي هذه المسألة فصول خمسة :

-
- = رواية عمرو بن عيسى ، وانظر : إرواء الغليل ٥ / ٧٣ ، ٧٤ .
- أما رواية أبى أمامة ، فأخرجها النسائي ، في : كتاب قسم الفىء . المجتبى ٧ / ١١٩ . والبيهقى ، في : باب بيان مصرف خمس الخمس ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة السنن الكبرى ٦ / ٣٠٣ . والحاكم ، في : باب ذكر الأنفال والغنائم ، من كتاب المغازى . المستدرک ٣ / ٤٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٣١٨ ، ٣١٩ . (١٣) سورة الأنفال ٤١ .
- (١٤) في : باب ما جاء في سهم الصغى ، من كتاب الإمامة . سنن أبى داود ٢ / ١٣٨ .
- كما أخرجه النسائي ، في : كتاب قسم الفىء . المجتبى ٧ / ١٢١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٧٨ ، ٣٦٣ .
- (١٥) في الأصل ، أ : « أقيس » . وفي ب ، م : « قيس » . والتصويب من سنن أبى داود .
- (١٦) في م : « أديم » .
- (١٧) أخرجه البيهقى ، في : باب سهم الصغى ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٠٣ .
- (١٨) في : باب ما جاء في سهم الصغى ، من كتاب الإمامة . سنن أبى داود ٢ / ١٣٧ .
- كما أخرجه الحاكم ، في : كتاب قسم الفىء ، وفي : باب تنفل رسول الله سيفه ذو الفقار ... ، من كتاب المغازى . المستدرک ٢ / ١٢٨ ، ٣ / ٣٩ .

أَحَدُهَا : أَنَّ سَهْمَ ذِي الْقُرْبَى ثَابِتٌ بَعْدَ مَوْتِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَدْ مَضَى ذِكْرُ ذَلِكَ ، وَالْخِلَافُ فِيهِ . وَقَدْ ذَكَرَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ مِنْ ذَوِي السَّهَامِ ، وَثَبِتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُعْطِيهِمْ ، فَرَوَى جُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ ، قَالَ : وَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَهْمَ ذِي الْقُرْبَى فِي بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ ، وَتَرَكَ بَنِي تَوْفِيلٍ وَبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ ، ^(١) حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، وَ ^(٢) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، ^(٣) وَالبُخَارِيُّ نَحْوَهُ ^(٤) . وَلَمْ يَأْتِ لِدَلَالَةِ نَسْخٍ وَلَا تَغْيِيرٍ ، فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِهِ ، وَالْعَمَلُ بِحُكْمِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : حَدَّثَنَا وَكِيعٌ ، حَدَّثَنَا أَبُو مَعْشَرٍ ، عَنْ الْمُقْبِرِيِّ ، قَالَ : كَتَبَ نَجْدَةُ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ يَسْأَلُهُ عَنْ سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، فَكَتَبَ ابْنُ عَبَّاسٍ : إِنَّا كُنَّا نَزْعُهُ أَنَّهُ لَنَا ، فَأَبَى ذَلِكَ ^(٥) عَلَيْنَا قَوْمُنَا ^(٦) . قَالَ أَحْمَدُ : أَنَا أَذْهَبُ إِلَى أَنَّهُ لِقَرَابَةِ النَّبِيِّ ﷺ ، عَلَى مَا قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : « هُوَ لَنَا » .

الفصل الثاني : أَنَّ ذَا الْقُرْبَى هُمُ بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو ^(٧) الْمُطَّلِبِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ دُونَ غَيْرِهِمْ ؛ بِدَلِيلِ مَا رَوَى جُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ ، قَالَ : لَمَّا قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَى مِنْ خَيْبَرَ ، بَيْنَ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ ، أَتَيْتُ أَنَا وَعَثْمَانُ بْنُ عَفَّانٍ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْنَا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَمَّا بَنُو هَاشِمٍ فَلَا تُنْكِرُ فَضْلَهُمْ ، لِمَكَانِكَ الَّذِي وَضَعَكَ اللَّهُ بِهِ ^(٨) مِنْهُمْ ، فَمَا بِالْإِخْوَانِنَا مِنْ بَنِي الْمُطَّلِبِ أُعْطِيَتْهُمْ وَتَرَكْنَا ، وَإِنَّمَا نَحْنُ وَهُمْ مِنْكَ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ ؟ فَقَالَ : « إِنَّهُمْ لَمْ يُفَارِقُونِي فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ ، وَإِنَّمَا بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَوَاحِدٌ » ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ . وَفِي رِوَايَةٍ : « إِنَّهُمْ لَمْ يُفَارِقُونَا فِي جَاهِلِيَّةٍ » .

(١-١) سقط من : الأصل ، م .

(٢-٢) سقط من : م . وفي ١ : « وذكره البخاري ونحوه » .

والحديث تقدم تخريجه في : ٤ / ١١١ . وانظر فيه صحيح البخاري ، والمسند .

(٣) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٨٩ .

(٥) سقط من : ب .

(٦) في ب زيادة : « عبد » .

(٧) في م : « ذى » .

وَلَا إِسْلَامَ . رواه أحمد ، والبخاري^(٨) . فرعى^(٩) لهم النبي ﷺ نُصِرَتْهُمْ ومُوافَقَتْهُمْ
بَنِي هَاشِمٍ . وَمَنْ كَانَتْ أُمُّهُ مِنْهُمْ وَأَبُوهُ مِنْ غَيْرِهِمْ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ
يَذْفَعْ إِلَى^(١٠) أَقَارِبِ أُمِّهِ وَهُمْ بَنُو زُهْرَةَ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا دَفَعَ إِلَى أَقَارِبِ أَبِيهِ ، وَلَوْ دَفَعَ إِلَى
أَقَارِبِ أُمِّهِ لَدَفَعَ إِلَى بَنِي زُهْرَةَ ، وَخَبَرُ جُبَيْرٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُعْطِهِمْ شَيْئًا ، وَلَمْ يَذْفَعْ أَيْضًا إِلَى
بَنِي عَمَاتِهِ ، وَهُمْ الزُّبَيْرُ بْنُ الْعَوَّامِ وَعَبْدُ اللَّهِ وَالْمُهَاجِرُ ابْنَا أَبِي أُمَيَّةَ^(١١) ، وَبَنُو جَحْشٍ .

الفصل الثالث : أَنَّهُ يَشْتَرِكُ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ؛ لِدُخُولِهِمْ فِي اسْمِ الْقَرَابَةِ .

وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي قِسْمَتِهِ بَيْنَهُمْ . فَعَنْ أَحْمَدَ / ، أَنَّهُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ
الْأُنْثَى . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَرَقِيِّ ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ سَهَّمَهُ اسْتَحَقَّ بِقَرَابَةِ الْأَبِ
شَرْعًا ، فَفُضِّلَ فِيهِ الذَّكَرُ عَلَى الْأُنْثَى كَالْمِيرَاثِ ، وَيُفَارِقُ الْوَصِيَّةَ وَمِيرَاثَ وَلَدِ الْأُمِّ ؛ فَإِنَّ
الْوَصِيَّةَ اسْتَحَقَّتْ بِقَوْلِ الْمُوصِي ، وَمِيرَاثُ وَلَدِ الْأُمِّ اسْتَحَقَّ بِقَرَابَةِ الْأُمِّ . وَالرَّوَايَةُ
الثَّانِيَةُ ، يُسَوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَالْمُزَنِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُمْ
أَعْطَوْا بِاسْمِ الْقَرَابَةِ ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهَا سَوَاءٌ^(١٢) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَصَّى لِقَرَابَةِ فُلَانٍ ، أَوْ
وَقَفَّ عَلَيْهِمْ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجَدَّ يَأْخُذُ مَعَ الْأَبِ ، وَابْنَ الْإِبْنِ يَأْخُذُ مَعَ الْإِبْنِ ؟ وَهَذَا يَدُلُّ
عَلَى مُخَالَفَةِ الْمَوَارِيثِ ، وَلِأَنَّهُ سَهَّمَهُمْ مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ لَجَمَاعَةٍ ، فَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ
وَالْأُنْثَى ، كَسَائِرِ سِهَامِهِ ، وَيَسْتَوِي بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِاسْتَوَائِهِمْ فِي
الْقَرَابَةِ ، فَأَشْبَهَ الْمِيرَاثَ .

الفصل الرابع : أَنَّهُ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمْ حَيْثُ^(١٣) كَانُوا مِنَ الْأَمْصَارِ ، وَيَجِبُ تَعْيِيمُهُمْ بِهِ
حَسَبَ الْإِمَّاكَنِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَخْتَصُّ^(١٤) أَهْلُ كُلِّ نَاحِيَةٍ

(٨) تقدم تخريجه في : ١١١ / ٤ .

(٩) في م : « فدعا » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في ب : « واحد » .

(١٢) في م : « بحيث » .

(١٣) في م : « بمحض » .

بِخُمْسٍ مَغْزَاهَا الَّذِي لَيْسَ لَهُمْ مَغْزَى سِوَاهُ ، فَمَا يُؤْخَذُ مِنْ مَغْزَى الرُّومِ لِأَهْلِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ ، وَمَا يُؤْخَذُ مِنْ مَغْزَى التُّرْكِ لِمَنْ فِي خُرَاسَانَ مِنْ ذَوِي الْقُرْبَى ؛ لَمَا يَلْحَقُ مِنَ الْمَشَقَّةِ فِي نَقْلِهِ مِنَ الْمَشْرِقِ إِلَى الْمَغْرِبِ ، وَلَأنَّهُ يَتَعَذَّرُ تَعْمِيمُهُمْ بِهِ^(١٤) ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَسَائِرِ أَهْلِ السُّهُمَانِ^(١٥) . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ سَهْمٌ مُسْتَحَقٌّ بِقَرَابَةِ الْأَبِ ، فَوَجِبَ دَفْعُهُ إِلَى جَمِيعِ الْمُسْتَحَقِّينَ ، كَالْمِيرَاثِ . فَعَلَى هَذَا يَبْعَثُ الْإِمَامُ إِلَى عُمَّالِهِ فِي الْأَقَالِيمِ ، وَيَنْظُرُ كَمْ حَصَلَ مِنْ ذَلِكَ ؟ فَإِنْ اسْتَوَتْ فِيهِ ، فَرَّقَ كُلَّ خُمْسٍ فِي مَنْ قَارَبَهُ ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ ، أَمَرَ بِحَمْلِ الْفَضْلِ لِيُدْفَعَ إِلَى^(١٦) مَنْ يَسْتَحِقُّهُ^(١٦) ، كَالْمِيرَاثِ . وَفَارَقَ الصَّدَقَةَ ، حَيْثُ لَا تُنْقَلُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَلَدٍ لَا يَكَادُ^(١٧) / يَحُلُو مِنْ صَدَقَةٍ تُفَرَّقُ عَلَى فَقَرَاءِ أَهْلِهِ ، وَالْخُمْسُ يُؤْخَذُ فِي بَعْضِ الْأَقَالِيمِ ، فَلَوْ لَمْ يُنْقَلْ لَأَدَّى إِلَى إعْطَاءِ الْبَعْضِ وَحِرْمَانِ الْبَعْضِ . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ التَّعْمِيمُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَتَّعْمِيمِ الْمَسَاكِينِ . وَمَا ذُكِرَ مِنْ بَعَثِ الْإِمَامِ عُمَّالَهُ وَسُعَاتِهِ ، فَهُوَ مُتَعَذِّرٌ فِي زَمَانِنَا ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ لَمْ يَبْقَ لَهُ حُكْمٌ إِلَّا فِي قَلِيلٍ مِنْ بِلَادِ الْإِسْلَامِ ، وَلَمْ يَبْقَ لَهُ جِهَةٌ فِي الْعَزْوِ ، وَلَا لَهُ فِيهِ أَمْرٌ ، وَلَأنَّ هَذَا سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ الْخُمْسِ ، فَلَمْ يَجِبْ تَعْمِيمُهُ ، كَسَائِرِ سُهُمَانِهِ^(١٨) . فَعَلَى هَذَا يُفَرِّقُهُ كُلُّ سُلْطَانٍ فِيمَا أَمَكَنَ مِنْ بِلَادِهِ .

٢١٧/٦ ط

الفصل الخامس : أَنْ غَنِيَهُمْ وَفَقِيرَهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى ثَوْرٍ . وَقِيلَ : لَا حَقَّ فِيهِ لِعَنَى . قِيَاسَالَهُ عَلَى بَقِيَّةِ السُّهُامِ . وَلَنَا ، عَمُّومُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِلذِي الْقُرْبَى ﴾^(١٩) . وَهَذَا عَامٌّ لَا يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ ، وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُعْطَى

(١٤) سقط من : ب .

(١٥) في ب ، م : « السهم » .

(١٦-١٧) في م : « مستحقه » .

(١٧) سقط من : أ .

(١٨) في م : « سهامه » .

(١٩) سورة الأنفال ٤١ .

أَقَارِبَهُ كُلَّهُمْ ، وفيهم الأغنياء ، كالعباس وغيره ، ولم يُنْقَلْ تُخْصِيصُ الْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ ، وقد رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي « مُسْنَدِهِ » (٢٠) ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى الزُّبَيْرَ سَهْمًا ، وَأُمَّهُ سَهْمًا ، وَفَرَسَهُ سَهْمَيْنِ . وَإِنَّمَا أَعْطَى أُمَّهُ مِنْ سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، وقد كانت مُوسِرَةً ، وَلَهَا (٢١) مَوَالٍ وَمَالٌ (٢) ، وَلَأنَّهُ مَالٌ مُسْتَحَقٌّ بِالْقَرَابَةِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ ، كَالْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ ، وَلَأنَّ عَثْمَانَ وَجُبَيْرًا طَلَبَا حَقَّهُمَا مِنْهُ ، وَسَأَلَا عَنْ عِلَّةِ مَنَعِهِمَا وَمَنَعَ قَرَاتِيَهُمَا ، وَهُمَا مُوسِرَانِ ، فَعَلَّلَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِنُصْرَةِ بَنِي الْمُطَّلِبِ دُونَهُمْ ، وَكَوْنِهِمْ مَعَ بَنِي هَاشِمٍ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ ، وَلَوْ كَانَ الْيَسَارُ مَانِعًا وَالْفَقْرُ شَرْطًا ، لَمْ يَطْلُبَا مَعَ عَدَمِهِ ، وَلَعَلَّ النَّبِيَّ ﷺ مَنَعَهُمَا يَسَارِهِمَا وَاتِّفَاعِ فَقَرِهِمَا .

١٠٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْخُمْسُ الثَّلَاثُ لِلْيَتَامَى)

وهم الذين لا آباء لهم ، ولم يَبْلُغُوا الْحُلُمَ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَتِمُّ بَعْدَ احْتِلَامٍ » (١) . قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَسْتَحِقُّونَ إِلَّا مَعَ الْفَقْرِ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ / مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ ذَا الْأَبِّ لَا يَسْتَحِقُّ ، وَالْمَالُ أَنْفَعُ مِنْ وُجُودِ الْأَبِّ ، وَلَأنَّهُ صُرِفَ إِلَيْهِمْ لِحَاجَتِهِمْ ، فَإِنَّ اسْمَ الْيَتِمِّ يُطْلَقُ عَلَيْهِمْ فِي الْعُرْفِ لِلرَّحْمَةِ ، وَمَنْ كَانَ إِعْطَاؤُهُ لَذَلِكَ اعْتَبِرَتِ الْحَاجَةُ فِيهِ ، وَفَارَقَ ذَوِي الْقُرْبَى ، فَإِنَّهُمْ اسْتَحَقُّوا لِقُرْبِهِمْ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَكْرِمَةً لَهُمْ ، وَالْغَنَى وَالْفَقْرُ فِي الْقُرْبِ سَوَاءٌ ، فَاسْتَوَى فِي الْأَسْتِحْقَاقِ . وَلَمْ أَعْلَمْ هَذَا نَصًّا

(٢٠) فِي : الْمُسْنَدُ ١ / ١٦٦ .

كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ سَهْمَانِ الْخَيْلِ ، مِنْ كِتَابِ الْخَيْلِ . الْمُجْتَبَى ٦ / ١٩٠ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ السَّيْرِ . سُنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٤ / ١١٠ ، ١١١ ، وَابْنُ أَبِي عَرَبٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي سَهْمِ الرَّاجِلِ وَالْفَارَسِ ، مِنْ كِتَابِ قِسْمِ الْغَنَى وَالْغَنِيمَةِ . السُّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ٣٢٦ .

(٢١) - (٢١) فِي ١ : « أَمْوَالٌ » .

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ مَتَى يَنْقُطِعُ الْيَتِمُ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ١٠٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١ / ٢٩٤ ، وَابْنُ أَبِي عَرَبٍ ، فِي : بَابِ الطَّلَاقِ قَبْلَ النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الْخُلْعِ وَالطَّلَاقِ . السُّنَنِ الْكُبْرَى ٧ / ٣٢٠ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ لَا رِضَاعَ بَعْدَ الْفِطَامِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٧ / ٤٦٤ .

عن أحمد . وعموم الآية^(٢) يَفْتَضِي تَعْمِيمَهُمْ . وقال بعض أصحاب الشافعي : له قول آخر ، أَنَّهُ لِلْعَنِيِّ وَالْفَقِيرِ ؛ لِعُمُومِ النَّصِّ^(٣) فِي كُلِّ يَتِيمٍ ، وَقِيَاسًا لَهُ عَلَى سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، وَلَأنَّهُ لَوْ خَصَّ بِهِ الْفَقِيرَ ، لَكَانَ دَاخِلًا فِي جُمْلَةِ الْمَسَاكِينِ الَّذِينَ هُمْ أَصْحَابُ السَّهْمِ الرَّابِعِ ، وَكَانَ يُسْتَعْنَى عَنْ ذِكْرِهِمْ وَتَسْمِيَتِهِمْ . قال أصحابنا : وَيُفَرَّقُ عَلَى الْإِتْمَانِ فِي جَمِيعِ الْأَقْطَارِ ، وَلَا يَخْتَصُّ^(٤) بِهِ أَهْلُ ذَلِكَ الْمَغْزَى . وَالْقَوْلُ فِيهِ كَالْقَوْلِ فِي سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى . وَقَدْ تَقَدَّمَ الْقَوْلُ فِيهِ .

١٠٨١ - مسألة ؛ قال : (وَالْخُمْسُ الرَّابِعُ لِلْمَسَاكِينِ)

وهم أهل الحاجة ، ويدخل فيهم الفقراء ، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة ، وصنّف واحد ههنا ، وفي سائر الأحكام ، وإنّما يَقَعُ التَّمْيِيزُ بَيْنَهُمَا إِذَا جُمِعَ بَيْنَهُمَا بِلَفْظَيْنِ ، وَلَمْ يَرِدْ ذَلِكَ إِلَّا فِي الزَّكَاةِ ، وَسَنَدُّهُمْ فِي أَصْنَافِهَا^(١) . قال أصحابنا : وَيُعَمُّ بِهَا جَمِيعُهُمْ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ ، كَقَوْلِهِمْ فِي سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى . وَقَدْ تَقَدَّمَ قَوْلُنَا فِي ذَلِكَ .

١٠٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَالْخُمْسُ الْخَامِسُ لِابْنِ السَّبِيلِ)

وسنذكره أيضا في أصناف الصدقة ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْرَ مَا يُوصِلُهُ إِلَى بَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعْنَا إِلَيْهِ لِأَجْلِ الْحَاجَةِ ، فَأُعْطِيَ بِقَدْرِهَا . فَإِنْ اجْتَمَعَ فِي وَاحِدٍ أَسْبَابٌ ، كَالْمَسْكِينِ إِذَا كَانَ يَتِيمًا وَابْنَ سَبِيلٍ ، اسْتَحَقَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا^(١) ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَابٌ

(٢) في ١ : « النص » .

(٣) في ١ : « الآية » .

(٤) في م : « ويخص » .

(١) في ب زيادة : « إن شاء الله » . انظر ما يأتي في ٣٠٦ وما بعدها .

(١) في ١ ، م : « منهما » .

لأحكام ، فَوَجَبَ أَنْ تُثَبَّتَ أَحْكَامُهَا ، كما لو انْفَرَدَتْ . / فَإِنْ أَعْطَاهُ لِيُتِمَّهُ ، فزَالَ فَقْرُهُ ، لَمْ يُعْطَ لِفَقْرِهِ شَيْئًا .

١٠٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَأَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ لِلْفَقِيرِ لِكُلِّ الْمُسْلِمِينَ ؛ غَنِيَّتُهُمْ وَفَقِيرُهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ ، إِلَّا الْعَبِيدُ)

لا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ الْيَوْمَ فِي أَنَّ الْعَبِيدَ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْفَقْرِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَالْخَرَقِيُّ ، أَنَّ سَائِرَ النَّاسِ لَهُمْ حَقٌّ فِي الْفَقْرِ ، غَنِيَّتُهُمْ وَفَقِيرُهُمْ . ذَكَرَ أَحْمَدُ الْفَقْرَ فَقَالَ : فِيهِ حَقٌّ لِكُلِّ الْمُسْلِمِينَ ، وَهُوَ بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ . وَقَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا لَهُ فِي هَذَا الْمَالِ نَصِيبٌ ، إِلَّا الْعَبِيدُ ، فَلَيْسَ لَهُمْ فِيهِ شَيْءٌ . وَقَرَأَ عُمَرُ : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى ﴾ حَتَّى بَلَغَ : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ ﴾ ^(١) ثُمَّ قَالَ : هَذِهِ اسْتَوْعَبَتْ الْمُسْلِمِينَ عَامَّةً ، وَلَكِنْ عِشْتُ لِيَأْتِيَنَّ الرَّاعِي بِسَرِيرٍ جَمِيرٍ نَصِيبُهُ مِنْهَا ، لَمْ يَغْرَقْ فِيهِ ^(٢) جَبِينُهُ ^(٣) . وَلَأَنَّهُ مَالٌ مَحْمُوسٌ ، فَلَمْ يَخْتَصَّ بِهِ مَنْ فِيهِ مَنَفَعَةٌ ، كَأَرْبَعَةِ أَحْكَامِ الْغَنِيمَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَهْلَ الْفَقْرِ هُمُ أَهْلُ الْجِهَادِ مِنَ الْمُرَابِطِينَ فِي الثُّغُورِ ، وَجُنْدِ الْمُسْلِمِينَ ، وَمَنْ يَقُومُ بِمَصَالِحِهِمْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فِي حَيَاتِهِ ، لِحُصُولِ النُّصْرَةِ وَالْمَصْلَحَةِ بِهِ ، فَلَمَّا مَاتَ صَارَتْ بِالْجُنْدِ ^(٤) ، وَمَنْ يَخْتَارُ إِلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ ، فَصَارَ ذَلِكَ لَهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ ، وَأَمَّا الْأَعْرَابُ وَنَحْوُهُمْ مِمَّنْ لَا يُعِدُّ نَفْسَهُ لِلْجِهَادِ ، فَلَا حَقَّ لَهُمْ فِيهِ . وَالَّذِينَ يَغْزُونَ إِذَا نَشِطُوا ، يُعْطَوْنَ مِنْ سَهْمِ سَبِيلِ اللَّهِ مِنَ الصَّدَقَةِ . قَالَ : وَمَعْنَى كَلَامِ ^(٥) أَحْمَدَ ، أَنَّهُ بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ ، يَعْنِي الْغَنَى الَّذِي فِيهِ مَصْلَحَةُ الْمُسْلِمِينَ مِنَ الْمُجَاهِدِينَ وَالْقَضَاءِ وَالْفَقْهَاءِ . وَيَخْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى كَلَامِهِ ، أَنَّ لِكُلِّ الْمُسْلِمِينَ الْإِتِّفَاعَ بِذَلِكَ الْمَالِ ؛ لِكَوْنِهِ يُصَرَّفُ إِلَى مَنْ يَعُودُ نَفْعُهُ إِلَى ^(٦) جَمِيعِ

(١) سورة الحشر ٧-١٠ .

(٢) في م : ﴿ فِيهَا ﴾ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٨٢ .

(٤) في م : ﴿ لِلْجُنْدِ ﴾ .

(٥) في ١ : ﴿ قَوْل ﴾ .

(٦) في ب ، م : ﴿ عَلَى ﴾ .

المسلمين ، وكذلك يَنْتَفِعُونَ بِالْعُبُورِ عَلَى الْقَنَاظِرِ وَالْجُسُورِ الْمَعْقُودَةِ بِذَلِكَ الْمَالِ ،
وبالأنهار والطُرُقَاتِ الَّتِي أُصْلِحَتْ بِهِ . وسَيَأْتِي كَلَامُهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ مُخْتَصِّصًا بِالْجُنْدِ
/ وَإِنَّمَا هُوَ مَصْرُوفٌ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، لَكِنْ يَبْدَأُ بِجُنْدِ الْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُمْ أَهَمُّ^(٧)
المصالح ؛ لَكُونِهِمْ يَحْفَظُونَ الْمُسْلِمِينَ ، فَيُعْطُونَ كِفَايَاتِهِمْ ، فَمَا فَضَّلَ قُدَّمَ الْأَهَمُّ
فَالْأَهَمُّ مِنْ عِمَارَةِ^(٨) الثُّغُورِ وَكِفَايَتِهَا بِالْأَسْلِحَةِ وَالْكَرَاعِ^(٩) ، وَمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ ، ثُمَّ الْأَهَمُّ
فَالْأَهَمُّ ، مِنْ عِمَارَةِ^(١٠) المساجِدِ وَالْقَنَاظِرِ ، وَإِصْلَاحِ الطُّرُقِ ، وَكِرَاءِ الْأَنْهَارِ ، وَسَدِّ
بُتُوقِهَا ، وَأَرْزَاقِ الْقُضَاةِ وَالْأُئِمَّةِ وَالْمُؤَذِّنِينَ وَالْفُقَهَاءِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ
نَفْعٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كُنْهٍ مِمَّا^(١١) ذَكَرْنَاهُ^(١٢) . وَاحْتَجُّوا عَلَى أَنَّ أَرْبَعَةَ أُنْحَاسٍ الْفَيْءِ
كَانَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَيَاتِهِ ، بِمَا رَوَى مَالِكُ بْنُ أَوْسٍ بْنِ الْحَدَّثَانِ قَالَ : سَمِعْتُ عُمَرَ
ابْنَ الْخَطَّابِ ، وَالْعَبَّاسُ وَعَلِيٌّ يَخْتَصِمَانِ إِلَيْهِ فِي أَمْوَالِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ عُمَرُ : كَانَتْ
أَمْوَالُ بَنِي النَّضِيرِ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ ، مِمَّا لَمْ يُوجِفِ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ بِخَيْلٍ وَلَا
رِكَابٍ . وَكَانَتْ^(١٣) لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ خَالِصًا دُونَ الْمُسْلِمِينَ ، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُنْفِقُ
مِنْهَا عَلَى أَهْلِهِ نَفَقَةً سَنَتِهِ ، فَمَا فَضَّلَ جَعَلَهُ فِي الْكَرَاعِ وَالسَّلَاحِ ، ثُمَّ تُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ
ﷺ ، فَوَلِيَهَا أَبُو بَكْرٍ بِمِثْلِ مَا وَلِيَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ وَلِيَتْهَا بِمِثْلِ مَا وَلِيَهَا رَسُولُ اللَّهِ
ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٤) . إِلَّا أَنَّ فِيهِ : يَجْعَلُ مَا بَقِيَ أَسْوَةَ الْمَالِ . وَظَاهِرُ^(١٥) أَخْبَارِ

(٧) فِي ب : « هُمْ » .

(٨-٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) الْكَرَاعُ : اسْمٌ يَشْمَلُ الْخَيْلَ وَالسَّلَاحَ .

(١٠) فِي أ ، ب : « مَا » .

(١١) فِي ب : « ذَكَرْنَا » .

(١٢) فِي م : « وَكَانَ » .

(١٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الْمُجْنِ وَمَنْ يَتَرَسُّ بِتَرَسٍ صَاحِبِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ حَبْسِ نَفَقَةِ الرَّجُلِ
قَوْتِ سَنَةٍ عَلَى أَهْلِهِ وَكَيْفِ نَفَقَاتِ الْعِيَالِ ، مِنْ كِتَابِ النِّفَقَاتِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : لَا تَوْرَثُ مَا تَرَكَتَا صَدَقَةً ،
مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ ، وَفِي : بَابِ مَا يَكْرَهُ مِنَ التَّعَمُّقِ وَالتَّنَازُعِ فِي الْعِلْمِ وَالْغُلُوِّ فِي الدِّينِ وَالْبِدْعِ ، مِنْ كِتَابِ الْاِعْتَصَامِ .
صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤ / ٤٦ ، ٧ / ٨١ ، ٨٢ ، ٨٤ / ١٨٥ ، ١٨٦ ، ٩٠ / ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، وَمُسْلِمٌ ، فِي :
بَابِ حُكْمِ الْفَيْءِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٣٧٩ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي صَفَايَا رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنَ الْأَمْوَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ
١٢٥ / ١٢٧ ، وَإِلَامَامُ أَحْمَدَ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١ / ٢٥ ، ٤٨ ، ٦٠ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .
(١٤) فِي أ : « فَظَاهَرُ » .

عمر تذلُّ على أن لجميع المسلمين في الفئ حَقًّا ؛ فإنه لما قرأ الآية التي في سورة الحشر قال : هذه الآية استوعبت المسلمين . وجعل للرأعي بسرَّو حَمِير منه نصيبًا ، وقال : ما أحد إلَّا له في هذا المال نصيب^(١٥) . وأما أموال بني النضير ، فيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كان يَنْفِقُ منه على أهله ؛ لأنَّ ذلك من أهمِّ المصالح ، فبدأ بهم ، ثم^(١٦) جَعَلَ بَاقِيَهُ أُسْوَةً المَالِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تكونَ أموال بني النضير اختصَّ بها النَّبِيُّ ﷺ من الفئ ، وترك سائرَه لمن / سُمِّيَ في الآية . وهذا مُبَيَّنٌّ في قول عمر : وكان لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ خالصًا دون المسلمين .

فصل : واختلف الخلفاء الراشدون ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، في قَسَمِ الفئِ بين أهله ، فَذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ^(١٧) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمْ فِيهِ . وَهُوَ المشهورُ عن عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . فَرَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، سَوَّى بَيْنَ النَّاسِ فِي الْعَطَاءِ ، وَأَدْخَلَ فِيهِ الْعَبِيدَ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : يَا خَلِيفَةَ رَسُولِ اللَّهِ ، أَلَمْ تَجْعَلْ الَّذِينَ جَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ ، وَهَجَرُوا دِيَارَهُمْ لَهُ ، كَمَنْ إِنَّمَا دَخَلُوا فِي الْإِسْلَامِ كَرْهًا ! فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِنَّمَا عَمِلُوا لِلَّهِ ، وَإِنَّمَا أُجُورُهُمْ عَلَى اللَّهِ ، وَإِنَّمَا الدُّنْيَا بَلَاغٌ . فَلَمَّا وَلِيَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَاضَلَ بَيْنَهُمْ ، وَأَخْرَجَ الْعَبِيدَ ، وَأَمَّا وَلِيَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، سَوَّى بَيْنَهُمْ ، وَأَخْرَجَ الْعَبِيدَ . وَذَكَرَ عَنْ عِثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّهُ فَضَلَ بَيْنَهُمْ فِي الْقِسْمَةِ^(١٨) . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ مَذْهَبُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ ، أَيْ بَكْرٍ وَعَلِيٌّ التَّسْوِيَةَ ، وَمَذْهَبُ اثْنَيْنِ عُمَرُ وَعِثْمَانُ التَّفْضِيلَ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ ، أَنَّهُ أَجَازَ الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا ، عَلَى مَا يَرَاهُ

(١٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٨٢ .

(١٦) سقط من : م ، ا .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) أخرجه البيهقي ، في : باب التسوية بين الناس في القسمة ، من كتاب قسم الفئ . السنن الكبرى ٦ / ٣٤٨

بنحوه .

الإمام ، ويؤدّي اجتهاده إليه . فرَوَى عنه^(١٩) الحسنُ بن عليّ^(٢٠) بن الحسن^(٢١) ، أنّه قال : للإمام أن يُفضّل قوماً على قوم . وقال أبو بكرٍ : اختيارُ أئمةِ الله أن لا يُفضّلوا . وهذا اختيارُ الشافعي . وقال أُنْبَى : رأيتُ قَسَمَ اللهِ الموارِثَ على العَدَدِ ، يكونُ الإخوةُ مُتفاضِلينَ في العَناءِ عن المَيِّتِ ، والصَّلَةِ في الحَيَاةِ ، والحِفْظِ بعد المَوْتِ ، فلا يُفضّلونَ ، وقَسَمَ رسولُ الله ﷺ من الأربعةِ الأَحماسِ على العَدَدِ ، ومنهم^(٢٢) مَنْ يُغْنِي^(٢٣) غَايَةَ العَناءِ ويكونُ الفَتْحُ على يَدَيْهِ ، ومنهم مَنْ يكونُ مَحْضَرُهُ إِمَّا غَيْرُ^(٢٤) نَافِعٍ ، وإِمَّا ضَرَرٌ بالجُبْنِ والهَزِيمَةِ ، وذلك أَنَّهُم اسْتَوَوْا في سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ ، وهو انْتِصَابُهُم لِلجِهَادِ ، فصَارُوا كَالغَانِمِينَ . والصَّحِيحُ ، إن شاء الله تعالى ، أَنَّ ذلكَ مُفَوَّضٌ إِلَى اجْتِهَادِ الإِمَامِ ، يَفْعَلُ مَا يَرَاهُ مِنْ تَسْوِيَةٍ وَتَفْضِيلٍ ؛ / لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُعْطَى الْأَثْفَالُ ، فَيُفْضَلُ قَوْمًا عَلَى قَوْمٍ^(٢٥) عَلَى^(٢٦) قَدَرِ غَنَائِهِمْ^(٢٧) . وهذا في معناه . والمشهورُ عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ حِينَ كَثُرَ عِنْدَهُ الْمَالُ ، فَرَضَ لِلْمُسْلِمِينَ أُعْطِيَاتِهِمْ ، فَفَرَضَ لِلْمُهَاجِرِينَ مِنْ أَهْلِ بَدْرٍ خَمْسَةَ آلَافٍ خَمْسَةَ آلَافٍ ، وللْأَنْصَارِ مِنْ أَهْلِ بَدْرٍ أَرْبَعَةَ آلَافٍ أَرْبَعَةَ آلَافٍ ، وَفَرَضَ لِأَهْلِ الْحُدَيْبِيَّةِ ثَلَاثَةَ آلَافٍ ثَلَاثَةَ آلَافٍ ، وَلِأَهْلِ الْفَتْحِ الْفَيْنِ الْفَيْنِ^(٢٨) ، وَقَالَ : بَعْنُ أَبَدًا؟ قِيلَ لَهُ : بِنَفْسِكَ . قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ أَبَدًا بِقَرَابَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . فَبَدَأَ بِنَبِيِّ هَاشِمٍ ، ثُمَّ بِنَبِيِّ الْمُطَّلِبِ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّمَا بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ »

(١٩) في ١ ، ب ، م : « عن » .

(٢٠-٢١) سقط من : ب .

وهو الحسن بن علي بن الحسن الإسكافي ، أبو علي ، جليل القدر ، عنده عن الإمام أحمد مسائل صالحة حسان كبار ، أغرب فيها على أصحابه . طبقات الخنابلة ١ / ١٣٦ ، ١٣٧ .

(٢٢) في م : « منهم » .

(٢٣) في م : « يعطى » .

(٢٤) في م زيادة : « لله » .

(٢٥-٢٦) سقط من : م .

(٢٧) انظر ما ذكره أبو عبيد ، في الأموال ٣٠٧ ، ٣١٦ .

(٢٨) سقط من : م .

وَاحِدٌ» (٢٧). ثم بينى عبد شمس ؛ لأنه أخو هاشم لأبويه ، ثم بينى نوفل ؛ لأنه أخوهما لأبيهما ، ثم الأقرب فالأقرب (٢٨). قال أصحابنا : ينبغي أن يتخذ الإمام ديواناً ، وهو دَفْتَرٌ فيه أسماء أهل الديوان ، وذكرُ أعطياتهم ، وجعل لكل قبيلة عريفاً . فقد روى الزهري ، أن رسول الله ﷺ ، عَرَفَ عامَ خَيْبَر (٢٩) على كل عشرة عريفاً . وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقراءة رسول الله ﷺ ، على ما روى عن عمر ، رضى الله عنه ، ويُقدِّمُ الأقرب فالأقرب ، ويُقدِّمُ بنى عبد العزى على بنى عبد الدار ؛ لأنَّ فيهم أصهار رسول الله ﷺ ، لأنَّ حديجةَ منهم ، حتى ينقضي قريش ، وهم بنو النضر بن كنانة ، ثم من بعد قريش الأنصار ، ثم سائر العرب ، ثم العجم والموالي ، ثم تُفَرَضُ الأرزاق لمن يحتاج المسلمون (٣٠) إليهم ، من القضاة ، والمؤذنين ، والأئمة ، والفقهاء ، والقراء ، والبرد ، والعيون ، ومن لا غنى للمسلمين عنه ، ثم في إصلاح الحصون ، والكراع ، والسلاح ، ثم بمصالح المسلمين ، من بناء القناطر والجسور ، وإصلاح الطرق ، وكري الأنهار ، وسد بثوقها ، وعمارة المساجد ، ثم ما فضل قسمه في (٣١) سائر المسلمين ، ويخصُّ ذا الحاجة .

٢٢٠/٦ ظ **فصل :** قال القاضي : ويعرف قدر حاجتهم / - يعنى أهل العطاء - وكفايتهم ، ويَزْدَادُ ذو الولد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه . وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسَبَ مووتهم في كفايته ، وإن كانوا الزينة أو تجارة ، لم يَدْخُلُوا في مووتته . وينظر في أسعارهم في بلدانهم ؛ لأنَّ أسعار البلدان تختلف ، والعرض الكفاية ، ولهذا تعتبر الذرية والولد ، فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك . وإن

(٢٧) تقدم تخرجه في : ١١١ / ٤ .

(٢٨) أخرجه البيهقي ، في : باب التفصيل على السابقة والنسب ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة . السنن الكبرى

٣٥٠ ، ٣٤٩ / ٦ .

(٢٩) في م : « حنين » .

(٣٠) في م : « المسلمين » .

(٣١) في م : « على » .

كانوا سواء في الكفاية ، لا يُفَضَّلُ بعضهم على بعض ، وإنما تتفاضل كفايتهم ، ويُعطَوْنَ قدرَ كفايتهم ، في كُلِّ عامٍ مرَّةً . وهذا - والله أعلم - على قول مَنْ رأى ^(٣٢) التَّسْوِيَةَ . فأمَّا مَنْ يَرَى التَّفْضِيلَ ، فإنه يُفَضَّلُ أَهْلُ السَّوَابِقِ وَالْعَنَاءِ فِي الْإِسْلَامِ ، عَلَى غَيْرِهِمْ ، بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ ، كما أَنَّ عَمْرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَضَّلَ أَهْلَ السَّوَابِقِ ، فَقَسَمَ لِقَوْمٍ خَمْسَةَ آلَافٍ ، وَآخِرِينَ أَرْبَعَةَ آلَافٍ ، وَآخِرِينَ ثَلَاثَةَ آلَافٍ ، وَآخِرِينَ أَلْفَيْنِ أَلْفَيْنِ ، وَلَمْ يُقَدِّرْ ذَلِكَ بِالْكِفَايَةِ .

فصل : والعطاء الواجب لا يكون إلا لبالغ يطيق مثله القتال ، ويكون عاقلاً حراً بصيراً صحيحاً ، ليس به مَرَضٌ يَمْنَعُهُ الْقِتَالُ ، فإن مَرَضَ الصَّحِيحِ مَرَضًا غَيْرَ مَرْجُوٍّ الزَّوَالِ ، كَالزَّمَانَةِ وَنَحْوِهَا ، خَرَجَ مِنَ الْمُقَاتِلَةِ ، وَسَقَطَ سَهْمُهُ ، وَإِنْ كَانَ مَرَضًا ^(٣٣) مَرْجُوٍّ الزَّوَالِ ، كَالْحُمَّى وَالصَّدَاعِ وَالْبَرَسَامِ ، لَمْ يَسْقُطْ عَطَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي حَكْمِ الصَّحِيحِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَسْتَنْبِئُ فِي الْحَجِّ كَالصَّحِيحِ . وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ حُلُولِ وَقْتِ الْعَطَاءِ ، دُفِعَ حَقُّهُ إِلَى وَرَثَتِهِ . وَمَنْ مَاتَ مِنْ أَجْنَادِ الْمُسْلِمِينَ ، دُفِعَ إِلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ الصَّغَارِ قَدْرُ كِفَايَتِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ تُعْطَ ذُرِّيَّتُهُ بَعْدَهُ ، لَمْ يُجَرِّدْ نَفْسَهُ لِلْقِتَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَخَافُ عَلَى ذُرِّيَّتِهِ الضِّيَاعَ ^(٣٤) ، فَإِذَا عَلِمَ أَنَّهُمْ يُكْفَوْنَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، سَهَّلَ عَلَيْهِ ذَلِكَ ، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو خَالِدٍ الْقَنَانِيُّ ^(٣٥) :

لَقَدْ زَادَ الْحَيَاةَ إِلَى حُبِّهَا	بَنَاتِي إِنَّهُنَّ مِنْ الضُّعَافِ
/ مَخَافَةَ أَنْ يَرَيْنَ الْفَقْرَ بَعْدِي	وَأَنْ يَشْتَرِينَ رَنْقًا بَعْدَ صَافٍ ^(٣٥)
وَأَنْ يَعْرِينَ إِنْ كُسِيَ الْجَوَارِي	فَتَنْبُو الْعَيْنَ عَنْ كَرَمِ عِجَافٍ ^(٣٦)
وَلَوْ لَا ذَاكَ قَدْ سَوَّمْتُ مُهْرِي	وَفِي الرَّحْمَنِ لِلضُّعَفَاءِ كَافٍ

(٣٢) في ب : يرى .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في النسخ : الهنأى ، والأبيات في : الكامل ٣ / ١٦٧ .

(٣٥) الرنق : الماء الكدر .

(٣٦) في م : كوم عجاف .

وإذا بلغ ذُكُورُ أولاده^(٣٧) ، واختاروا أن يكونوا في المُقاتلة ، فَرَضَ لهم ، وإن لم يختاروا ، تَرَكُوا ، وَمَنْ خَرَجَ مِنَ الْمُقَاتِلَةِ ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْعَطَاءِ .

١٠٨٤ - مسألة ؛ قال : (وأربعة أحماس الغنيمة لمن شهد الوقعة ، للرجل سهم ، ولل فارس ثلاثة أسهم ، إلا أن يكون الفارس على هجين ، فيكون له سهمان ، سهم له ، وسهم لهجين)

أجمع أهل العلم على أن أربعة أحماس الغنيمة للغانمين ، وقوله تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾^(١) يُفْهَمُ منه أن أربعة أحماسها لهم ؛ لأنه أضافها إليهم ، ثم أخذ منها سهمًا لغيرهم ، فَبَقِيَ سائرُها لهم ، كقوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الْكُلُّ ﴾^(٢) . وقال عمر ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : الغنيمة لمن شهد الوقعة^(٣) . وذهب جمهور أهل العلم ، إلى أن للرجل سهمًا ، ولل فارس ثلاثة أسهم . وقال أبو حنيفة : للفارس سهمان . وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء . وقد ثبت عن ابن عمر ، أن النَّبِيَّ ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم ؛ سهم له ، وسهمان لفرسه . متفق عليه^(٤) . وقال خالد الحذاء^(٥) : إنه^(٦) لا يُخْتَلَفُ فيه عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنه أسهم للفرس سهمين ،

(٣٧) في ب ، م : « أولادهم » .

(١) سورة الأنفال ٤١ .

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب المدد يلحق بالمسلمين ... ، من كتاب قسم الفئ والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٣٥ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب سهام الفرس ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ٤ / ٣٧ . ومسلم ، في : باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٨٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في سهمان الخيل ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٧ / ٤٣ . والترمذي ، في : باب في سهم الخيل ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٤٣ . وابن ماجه ، في : باب قسمة الغنائم ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٥٢ . والدارمي ، في : باب في سهمان الخيل ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢ / ٢٢٥ ، ٢٢٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢ ، ٦٢ ، ٧٢ ، ٨٠ .

(٥) خالد بن مهراة الحذاء البصري الحافظ ، من كبار التابعين ، وقد رأى أنسا ، لم يحذنعلاقط ، وإنما قيل له ذلك لأنه كان يجلس على دكان حذاء ، توفي سنة اثنتين وأربعين ومائة . اللباب ١ / ٢٨٦ ، العبر ١ / ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

ولصاحبه سَهْمًا ، وللراجل سَهْمًا^(٧) . والهَجِينُ من الخيل : هو الذى أبوه عَرَبِيٌّ وأُمُّه غيرُ عَرَبِيَّة . والمُقَرَّفُ عكس ذلك ، وهو الذى أبوه غيرُ عَرَبِيٌّ وأُمُّه عَرَبِيَّة . ومنه قولُ هُند بنت النُّعْمانِ بن بَشِيرٍ^(٨) :

وما هِنْدُ إِلَّا مُهَرَّةٌ عَرَبِيَّةٌ سَلِيلَةُ أَفْرَاسٍ تَجَلَّلَهَا بَغْلٌ
فإن ولدتْ مُهْرًا كَرِيمًا فبالْحَرَى وإن يَكْ إقْرَافٌ فما أَتَجَبَ الْفَحْلُ

/ وأراد الخِرْقَى بالهَجِينِ هُنا ما عدا العَرَبِيَّ من الخيل ، من البراذين وغيرها ، وقد رَوَى عن أحمد ، رَحِمَهُ اللهُ ، روايةً أُخْرَى ، أن البراذين إذا أذْرَكْتَ مثل العَرَابِ ، فلها مثل سَهْمِها . وذَكَرَ القاضى روايةً أُخْرَى ، فيما عدا العَرَابِ من الخيل لاسْتَهْم^(٩) لها . وفي هذه المسألة اختلافٌ كثيرٌ ، وأدلةٌ على كُلِّ قولٍ ، أَخْرَجْنَا ذِكْرَها إلى باب الجِهَادِ ، فَإِنَّ المسألةَ مذكورةٌ فيه ، وهو اليَقِينُ بها ، إن شاء اللهُ تعالى .

١٠٨٥ - مسألة : قال : (والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الأصناف التى سَمَّى اللهُ عَزَّ وَجَلَّ)

يعنى قولَ اللهِ تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾^(١) . وَرَوَى أَنَّ رَجُلًا قال : يا رسولَ اللهِ ، أعْطِنِي من هذه الصَّدَقَاتِ . فقال له رسولُ اللهِ ﷺ : « إِنْ اللَّهُ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِ نَبِيٍّ وَلَا غَيْرِهِ فِي الصَّدَقَاتِ ، حَتَّى حَكَمَ فِيهَا ، فَجَزَّأَهَا ثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، فَإِنْ كُنْتَ مِنْ تِلْكَ الْأَجْزَاءِ أُعْطِيتَكَ حَقَّكَ »^(٢) .

(٧) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب السير . سنن الدارقطنى ٤ / ١٠٧ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى سهم الراجل والفارس ، من كتاب الفقه والغنيمه . السنن الكبرى ٦ / ٣٢٧ .

(٨) البيتان فى : أدب الكاتب ، لابن قتيبة ٣٥ ، ٣٦ ، والأغانى ١٦ / ٥٤ ، وعزاهما الحميدة أخت هند . واللسان (ه ج ن) . والأول فى : اللسان والتاج (س ل ل) . وعجز الثانى فى : اللسان (ق ر ف) .

(٩) فى م : « يسهم » .

(١) سورة التوبة ٦٠ .

(٢) تقدم نخرجه فى : ٤ / ١٢٤ .

والمراءُ بالصدقة ههنا الزكاة المفروضة، دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والتذوير والوصايا . ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة إلى غير هذه الأصناف ، إلا ما روى عن أنس^(٣) ، والحسين ، أنهما قالا : ما أعطيت في الجسور والطرق ، فهي صدقة ماضية . والأول أصح ؛ وذلك لأن الله تعالى قال : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ ﴾ . و « إِنَّمَا » لِلْحَصْرِ ثَبَتِ الْمَذْكُور ، وَتَنْفِي مَا عَدَاه ؛ لَأَنَّهُمَا مَرْكَبَةٌ مِنْ حَرْفَيْ نَفْيٍ وَإِثْبَاتٍ ، فَجَرَى مَجْرَى قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهٌ وَاحِدٌ ﴾^(٤) . أى لا إله إلا الله . وقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا أَنْتَ مُنذِرٌ ﴾^(٥) . أى ما أَنْتَ إِلَّا نَذِيرٌ . وقول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٦) .

١٠٨٦ - مسألة ؛ قال : (الفقراء ، وَهُمْ الزَّمَنِيُّ ، وَالْمَكَافِيهِ الَّذِينَ لَا حِرْفَةَ لَهُمْ ، وَالْحِرْفَةُ الصَّنَاعَةُ ، وَلَا يَمْلِكُونَ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، وَلَا قِيمَتَهَا مِنَ الذَّهَبِ . وَالْمَسَاكِينُ ، وَهُمْ السُّؤَالُ ، وَغَيْرُ السُّؤَالِ ، وَمَنْ لَهُمْ / الْحِرْفَةُ ، إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، وَلَا قِيمَتَهَا مِنَ الذَّهَبِ) ٢٢٢/٦

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة ، وصنف واحد في سائر الأحكام ؛ لأن كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما ، فأما إذا جُمِعَ بين الاسمين ، ومُيزَ بين المُسَمَّيْنِ تَمَيِّزًا ، وكلاهما يُشْعَرُ بالحاجة والفاقة وعَدَمُ الغنى ، إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين ، من قِبَلِ أَنَّ^(١) الله تعالى بدأ به ، وإِنَّمَا يَبْدَأُ بِالْأَهَمِّ فالأهم . وبهذا قال الشافعي ، والأصمعي . وذَهَبَ أبو حنيفة إلى أن المسكين أشد حاجة . وبه قال

(٣) في م : « عطاء » . وسقط من : ب .

(٤) سورة النساء ١٧١ .

(٥) سورة الرعد ٧ .

(٦) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

الْفَرَاءَ ، وَتَعَلَّبَ ، وَابْنُ قُتَيْبَةَ ، لقول الله تعالى : ﴿ أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ ﴾ ^(٢) . وهو الْمَطْرُوحُ عَلَى التُّرَابِ لِشِدَّةِ حَاجَتِهِ ، وَأَنْشَدُوا ^(٣) :

أَمَّا الْفَقِيرُ الَّذِي كَانَتْ حُلُوبَتُهُ وَفَقَّ الْعِيَالِ فَلَمْ يَتْرَكَ لَهُ سَبْدٌ ^(٤)
فَأَخْبَرَ أَنَّ الْفَقِيرَ حُلُوبَتُهُ وَفَقَّ عِيَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى بَدَأَ بِالْفُقَرَاءِ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ أَهْمٌ ، وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ ﴾ ^(٥) . فَأَخْبَرَ أَنَّ الْمَسَاكِينَ لَهُمْ سَفِينَةٌ يَعْمَلُونَ بِهَا . وَلَئِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اللَّهُمَّ أَخْنِي مَسْكِينًا ، وَأَمْتِنِي مَسْكِينًا ، وَاحْشُرْنِي فِي زُمْرَةِ الْمَسَاكِينِ » ^(٦) . وَكَانَ يَسْتَعِيدُ مِنَ الْفَقْرِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْأَلَ اللَّهَ تَعَالَى شِدَّةَ الْحَاجَةِ ، وَيَسْتَعِيدَ مِنْ حَالَةٍ أَصْلَحَ مِنْهَا . وَلَئِنَّ الْفَقْرَ مُشْتَقٌّ مِنْ فَقَرِ الظَّهْرِ ، فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ ، أَيْ مَفْقُودٌ ، وَهُوَ الَّذِي نَزَعَتْ ^(٧) فَقْرُهُ ظَهْرَهُ ، فَانْقَطَعَ صَلْبُهُ ^(٨) . قَالَ الشَّاعِرُ ^(٩) :

لَمَّا رَأَى بُدَّ النُّسُورِ تَطَايَرَتْ رَفَعَ الْقَوَادِمَ كَالْفَقِيرِ الْأَعْزَلِ ^(١٠)
أَيْ لَمْ يُطِقِ الطَّيْرَانِ ، كَالَّذِي انْقَطَعَ صَلْبُهُ . وَالْمَسْكِينُ ^(١١) مِفْعِيلٌ مِنَ السُّكُونِ ، وَهُوَ الَّذِي أَسْكَنْتَهُ الْحَاجَةُ ، وَمَنْ كُسِرَ صَلْبُهُ أَشَدُّ حَالًا مِنَ السَّاكِنِ . فَأَمَّا الْآيَةُ فَهِيَ حُجَّةٌ لَنَا ، فَإِنَّ نَعْتَ اللَّهَ تَعَالَى لِلْمَسْكِينِ بِكَوْنِهِ ذَا مَتْرَبَةٍ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا النَّعْتَ لَا يَسْتَحِقُّهُ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الْمَسْكِينَةِ ، كَمَا يَقَالُ : ثَوْبٌ ذُو عِلْمٍ . وَيجوزُ التعبيرُ بِالْمَسْكِينِ عَنْ

٢٢٢/٦ ظ

(٢) سورة البلد ١٦ .

(٣) البيت للراعي الحميري ، وهو في ديوانه ٥٥ .

(٤) السبد : القليل من الشعر . وماله سبد ولا لبد ، محركتان ، أى لا قليل ولا كثير .

(٥) سورة الكهف ٧٩ .

(٦) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم ، من أبواب الزهد . عارضة الأحوذى ٩ / ٢١٣ . وابن ماجه ، فى : باب مجالسة الفقراء ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ١٣٨١ .

(٧) فى النسخ : « يرفع » تصحيف وتحريف .

(٨) فى ١ ، م : « صاحبه » .

(٩) هو لبيد بن ربيعة العامري . ديوانه ٢٧٤ .

(١٠) لبد : هو السابع من نسور لقمان بن عاد . معمر جاهلي قديم ، زعموا أنه عاش عمر سبعة نسور .

(١١) فى ب ، م : « والسكين » .

الْفَقِيرِ ، بَقَرِيْنَةٍ وَبَغِيْرٍ قَرِيْنَةٍ ، وَالشُّعْرُ أَيْضًا حُجَّةٌ لَنَا ، فَإِنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّ الَّذِي كَانَتْ حَلَوْبَتُهُ وَفَقَّ الْعِيَالِ ، لَمْ يَتْرَكْ لَهُ ^(١٢) سَبَدٌ ، فَصَارَ فَقِيْرًا لَا شَيْءَ لَهُ . إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَالْفَقِيرُ الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى كَسْبِ مَا يَقَعُ مَوْقَعًا مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَلَا لَهُ ^(١٣) مِنَ الْأَجْرَةِ أَوْ مِنَ الْمَالِ الدَّائِمِ مَا يَقَعُ مَوْقَعًا مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَلَا لَهُ ^(١٤) خَمْسُونَ دِرْهَمًا ، وَلَا قِيَمَتُهَا مِنَ الذَّهَبِ ، مِثْلَ الزَّمْنِيِّ وَالْمَكَافِيْفِ وَهُمْ الْعُمِيَانُ ، سُمُّوا بِذَلِكَ لِكَفِّ أَبْصَارِهِمْ ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ فِي الْغَالِبِ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى احْتِسَابِ مَا يَقَعُ مَوْقَعًا مِنْ كِفَايَتِهِمْ ، وَرَبَّمَا لَا يَقْدِرُونَ عَلَى شَيْءٍ أَصْلًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا ﴾ ^(١٥) . وَمَعْنَى قَوْلِهِمْ : يَقَعُ مَوْقَعًا مِنْ كِفَايَتِهِمْ . أَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ مُعْظَمُ الْكِفَايَةِ ، أَوْ نِصْفُ الْكِفَايَةِ مِثْلَ مَنْ يَكْفِيهِ عَشْرَةٌ فَيَحْصُلُ لَهُ مِنْ مَكْسَبِهِ أَوْ غَيْرِهِ خَمْسَةٌ فَمَا زَادَ ، وَالَّذِي لَا يَحْصُلُ لَهُ إِلَّا مَا لَا يَقَعُ مَوْقَعًا مِنْ كِفَايَتِهِ ، كَالَّذِي لَا يَحْصُلُ لَهُ إِلَّا ثَلَاثَةٌ أَوْ دُونُهَا ، فَهَذَا هُوَ الْفَقِيرُ ، وَالْأَوَّلُ هُوَ ^(١٥) الْمُسْكِينُ ، فَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَتِمُّ بِهِ كِفَايَتُهُ ، وَتَسُدُّ بِهِ حَاجَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ دَفْعُهَا وَإِغْنَاءَ صَاحِبِهَا ، وَلَا يَحْصُلُ إِلَّا بِذَلِكَ . وَالَّذِي يَسْأَلُ ، وَيُحْصَلُ الْكِفَايَةُ أَوْ مُعْظَمُهَا مِنْ مَسْئَلَتِهِ ، فَهُوَ مِنَ الْمَسَاكِينِ ، لَكِنَّهُ يُعْطَى جَمِيعَ كِفَايَتِهِ ، وَيُعْنَى عَنِ السُّؤَالِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَيْسَ الْمُسْكِينُ بِالطَّوَّافِ الَّذِي تَرُدُّهُ اللَّقْمَةُ وَاللُّقْمَتَانِ ، وَلَكِنَّ الْمُسْكِينَ الَّذِي لَا يَسْأَلُ النَّاسَ ، وَلَا يُفْطِنُ لَهُ فَيَتَصَدَّقُ عَلَيْهِ » ^(١٦) . قُلْنَا ، هَذَا تَجَوُّزٌ ، وَإِنَّمَا نَقَى

(١٢) في ١ ، ب ، م ، هـ : لم .

(١٣-١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٤) سورة البقرة ٢٧٣ .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى ﴿ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا ﴾ ... ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٢ / ١٥٣ ، ٦ / ٤٠ . ومسلم ، في : باب المسكين الذي لا يجد غنى ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧١٩ . وأبو داود ، في : باب من يعطى من الصدقة وحده الغنى ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ١ / ٣٧٩ . والنسائي ، في : باب تفسير المسكين ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٦٣ ، ٦٤ . والدارمي ، في : باب المسكين الذي يتصدق عليه ، من =

الْمَسْكَنَةَ عَنْهُ^(١٧) مع وجودها فيه حقيقة ، مُبَالِغَةً فِي إِثْبَاتِهَا فِي الذِي لَا يَسْأَلُ النَّاسَ ، كما قال عليه السلام : « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرْعَةِ ، وَإِنَّمَا / الشَّدِيدُ الَّذِي يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ »^(١٨) . وقال : « مَا تُعْدُّونَ الرُّقُوبَ فِيكُمْ ؟ » . قالوا : الذِي لَا يَعِيشُ لَهُ وَلَدٌ . قال : « لَا ، وَلَكِنَّ الرُّقُوبَ الَّذِي لَمْ يُقَدِّمْ لَهُ وَلَدُهُ شَيْئًا »^(١٩) . وقال : « مَا تُعْدُّونَ الْمُفْلِسَ فِيكُمْ ؟ » . قالوا : الذِي لَا دِرْهَمَ لَهُ وَلَا مَتَاعَ . قال : « لَا ، وَلَكِنَّ الْمُفْلِسَ الَّذِي يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الْجِبَالِ ، وَيَأْتِي وَقَدْ ظَلَمَ هَذَا ، وَلَطَمَ هَذَا ، وَأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هَذَا ، فَيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، حَتَّى إِذَا نَفِذْتَ حَسَنَاتُهُ ، أَخَذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ ، فَطَرَحَتْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يُصَلُّكَ لَهُ صَلَاتُكَ إِلَى النَّارِ »^(٢٠) .

فصل : وَمَنْ كَانَ ذَا مَكْسَبٍ يُعْنِي بِهِ نَفْسَهُ وَعِيَالَهُ إِنْ كَانَ لَهُ عِيَالٌ ، وَكَانَ لَهُ قَدَرٌ كِفَايَتِهِ فِي كُلِّ يَوْمٍ ، مِنْ أَجْرِ عَقَارٍ ، أَوْ غَلَّةِ مَمْلُوكٍ أَوْ سَائِمَةٍ ، فَهُوَ غَنِيٌّ لَا حَقَّ لَهُ فِي الزَّكَاةِ . وَهَذَا قَالَ ابْنُ عَمَرَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ^(٢١) . وقال أبو حنيفة : إِنْ لَمْ يَمْلِكْ نَصَابًا فَلَهُ الْأَخْذُ مِنْهَا ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « أَعْلَمُهُمْ أَنْ عَلَيْهِمْ صَدَقَةٌ ، تُوْخَذُ مِنْ

= كتاب الزكاة . سنن الدارمي ١ / ٣٧٩ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في المساكين ، من كتاب صفة النبي ﷺ . الموطأ ٢ / ٩٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٨٤ ، ٤٤٦ ، ٢ / ٣١٦ ، ٤٤٥ ، ٤٥٧ ، ٤٦٩ ، ٥٠٦ .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥٣٦ .

(١٩) أخرجه مسلم ، في : باب فضل من يملك نفسه عند الغضب ... ، من كتاب البر . صحيح مسلم ٤ / ٢٠١٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٨٢ ، ٥ / ٣٦٧ .

(٢٠) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم الظلم ، من كتاب البر . صحيح مسلم ٤ / ١٩٩٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في شأن الحساب والقصاص ، من أبواب القيامة . عارضة الأحوذى ٩ / ٢٥٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٧٢ ، ٣٣٤ ، ٣٠٣ .

(٢١) سقط من : م ، ١ .

أَغْنِيَاءَهُمْ ، فَرُدُّ فِي فَقَرَائِهِمْ » (٢١) . فَجَعَلَ الْغَنَى مَنْ تُوُخِذُ مِنْهُ الصَّدَقَةُ ، وَلَا تُوُخِذُ إِلَّا مِنَ النَّصَابِ . وَلَئِنْ هَذَا لَا يَمْلِكُ نَصَابًا ، وَلَا قِيمَتَهُ ، فَجَازَ لَهُ الْأَخْذُ ، كَالَّذِي لَا كِفَايَةَ لَهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ بْنِ الْخِيَارِ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ أَتَيَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ يَقْسِمُ الصَّدَقَةَ ، فَسَأَلَاهُ شَيْئًا مِنْهَا ، فَصَعَّدَ بَصَرَهُ فِيهِمَا ، وَقَالَ لهُمَا : « إِنْ شِئْتُمَا أُعْطِيتُكُمَا مِنْهَا ، وَلَا حَظَّ فِيهَا لِعَنِيٍّ ، وَلَا لِقَوِيٍّ مُكْتَسِبٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَرَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ (٢٢) ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ . وَقَالَ : هَذَا أَجْوَدُهُمَا (٢٣) إِسْنَادًا ، مَا أَجْوَدَهُ مِنْ حَدِيثٍ ، مَا أَعْلَمُ رُويَ فِي هَذَا أَجْوَدُ مِنْ هَذَا . قِيلَ لَهُ : فَالْحَدِيثُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَنِيٍّ ، وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ » (٢٤) ؟ قَالَ : لَا أَعْلَمُ فِيهِ شَيْئًا يَصِحُّ . قِيلَ لَهُ : يَرْوِيهِ سَالِمُ بْنُ أَبِي الْجَعْدِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، قَالَ : سَالِمٌ لَمْ يَسْمَعْ مِنْ أَبِي هُرَيْرَةَ . وَالْغَنَى يَخْتَلِفُ ؛ فَمِنْهُ غَنَى يُوجِبُ الزَّكَاةَ ، / وَغَنَى يَمْنَعُ أَخْذَهَا ، وَغَنَى يَمْنَعُ الْمَسْأَلَةَ ، وَيَخَالَفُ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ هَذَا ، فَإِنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهَا ، وَالصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ ، فَلَا تُبَاخُ إِلَّا عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، وَهَذَا الْمُخْتَلَفُ فِيهِ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهَا ، فَلَا تُبَاخُ لَهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ صَحِيحًا جَلْدًا ، وَذَكَرَ أَنَّهُ لَا كَسْبَ لَهُ ، أُعْطِيَ مِنْهَا ، وَقِيلَ قَوْلُهُ بَغِيرَ يَمِينٍ ، إِذَا لَمْ يُعْلَمْ يَقِينُ كَذِبِهِ ، وَلَا يُحْلَفُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى الرَّجُلَيْنِ اللَّذَيْنِ سَأَلَاهُ ، وَلَمْ يُحْلَفْهُمَا . وَفِي بَعْضِ رَوَايَاتِهِ ، أَنَّهُ قَالَ : أَتَيْنَا النَّبِيَّ ﷺ ، فَسَأَلْنَاهُ مِنَ الصَّدَقَةِ ، فَصَعَّدَ فِينَا الْبَصَرَ وَصَوَّبَهُ (٢٥) ، فَرَأَانَا جُلْدَيْنِ ، فَقَالَ : « إِنْ شِئْتُمَا أُعْطِيتُكُمَا » . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى أَنَّ لَهُ عِيَالًا ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يُقْلَدُ (٢٦) وَيُعْطَى

(٢٢) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٧ .

(٢٣) في الأصل ، ١ : « أجودها » .

(٢٤) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٨ .

(٢٥) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٢٦) قلده : أعطاه عطية .

لهم ، كما يُقْلَدُ في دَعْوَى حاجته . وقال (٢٧) ابن عَقِيل : عندى لا يُقْبَلُ قوله (٢٨) إِلَّا بَيِّنَةٌ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الْعِيَالِ ، ولا تَتَعَذَّرُ إقامَةُ الْبَيِّنَةِ عليه ، وفارَقَ ما إذا ادَّعى أَنَّهُ لا كَسْبَ له ، فَإِنَّهُ يَدَّعى ما يُوافِقُ الأَصْلَ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الكَسْبِ والمال ، وتَتَعَذَّرُ عليه إقامَةُ الْبَيِّنَةِ عليه . ولو ادَّعى الْفَقْرَ مَنْ عُرِفَ بِالْغِنَى ، لم يُقْبَلُ قوله إِلَّا بَيِّنَةٌ تشهدُ بأنَّ ماله تَلَفٌ أو نَفْدٌ ؛ لما رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « لَا تَحِلُّ الْمَسْأَلَةُ إِلَّا لِثَلَاثَةٍ ؛ رَجُلٍ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَشْهَدَ لَهُ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ ، حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشِهِ ، أو سَدَادًا مِنْ عَيْشِهِ » (٢٩) . وهل يُعْتَبَرُ في الْبَيِّنَةِ على الْفَقْرِ ثَلَاثَةٌ ، أو يُكْتَفَى بِاثْنَيْنِ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يَكْفِي إِلَّا ثَلَاثَةٌ ؛ لظَاهِرِ الْحَبَرِ . والثاني ، يُقْبَلُ قولُ اثْنَيْنِ ؛ لأنَّ قولَهُما يُقْبَلُ في الْفَقْرِ بِالنَّسْبَةِ إلى حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ ، الْمَبْنِيَّةِ على الشُّعْ وَالضَّبَقِ ، ففي حَقِّ اللَّهِ تعالى أَوْلَى ، والخبرُ إِنَّمَا وَرَدَ في حِلِّ الْمَسْأَلَةِ ، فَيُقْتَصَرُ عليه . وإن لم يُعْرَفْ له مالٌ ، قُبِلَ قوله ، ولم يُسْتَحْلَفْ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يَسْتَحْلِفِ الرَّجُلَيْنِ اللَّذَيْنِ رَأَاهُمَا جَلْدَيْنِ . فإن رآه مُتَجَمِّلًا / قُبِلَ قوله أيضًا ؛ لأنَّهُ لا يُلْزَمُ من ذلك الْغِنَى ، بدليل قولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ ﴾ . لكن يَنْبَغِي أن يُخْبِرَهُ أَنَّ ما يُعْطِيهِ مِنَ الزَّكَاةِ ؛ لئَلَّا يَكُونَ مِمَّنْ لَا تَحِلُّ لَهُ الزَّكَاةُ . وإن رآه ظاهراً الْمَسْكِينَةَ ، أعطاه منها ، ولم يَحْتَجْ (٣٠) أن يُبَيِّنَ له شَرْطَ جَوَازِ الأَخْذِ ، ولا أَنَّ ما يَدْفَعُهُ إليه زَكَاةٌ . قال أحمدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وقد سُئِلَ عن الرَّجُلِ يَدْفَعُ زَكَاةً إلى رَجُلٍ : هل يَقُولُ له : هذه زَكَاةٌ ؟ فقال : يُعْطِيهِ وَيَسْكُتُ ، ولا يَقْرَعُهُ . فاكْتَفَى بِظَاهِرِ حالِهِ عن سُؤالِهِ وَتَعْرِيفِهِ .

فصل : وإذا كان للرجل بضاعة يتجر بها ، أو ضيعة يستغلها تكفيها غلتها ، له

(٢٧) في م : « قال » .

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٩ .

(٣٠) في الزيادة : « إلى » .

ولعاليه ، فهو غني ، لا يُعْطَى من الصدقة شيئاً ، وإن لم تكفه ، جاز له الأخذ منها قدر ما يمتُّ به الكفاية ، وإن كثرت قيمة ذلك . وقد تقدّم ذكر ذلك في الزكاة .

١٠٨٧ - مسألة ؛ قال : (والعاملين عليها^(١)) ، وهم الجبّاة لها ، والحافظون لها)

يعنى العاملين على الزكاة ، وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة ، وهم السعاة الذين يبعثهم الإمام لأخذها من أربابها ، وجمعها وحفظها ونقلها ، ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها ، وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد ، وكل من يحتاج إليه فيها فإنه يُعْطَى أجرته منها ؛ لأن ذلك من مؤنتها ، فهو كعلفها ، وقد كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ، ويُعْطِيهِمْ عَمَلَتَهُمْ^(٢) ، فبعث عمر ، ومعاذاً ، وأبا موسى ، ورجلاً من بني معزوم ، وابن التبيبة ، وغيرهم^(٣) . وطلب منه ابن عمه الفضل ابن العباس ، وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث ، أن يبعثهما ، فقالا : يا رسول الله ، لو بعثتنا على هذه الصدقة ، فنصيب ما يصيب الناس ، ونودى إليك ما يودى الناس ؟ فأبى أن يبعثهما ، وقال : « إِنَّ هَذِهِ الصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ »^(٤) . / وهذه قصص ٢٢٤/٦ ظ

(١) في م : « على الزكاة » .

(٢) في م : « عملتهم » .

(٣) انظر التخریج الذي تقدم في : ٤ / ١٠٧ ، ١٠٨ . وأضف إليه : ما أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ والعاملين عليها ﴾ ومحاسبة المصدقين مع الإمام ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب احتيال العامل ليهدي ، من كتاب الحيل ، وفي : باب هدايا العمال ، وفي : باب محاسبة الإمام عماله ، من كتاب الأحكام ، وفي : باب من لم يقبل الهدية لعله ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ١٦٠ / ٩ ، ٣٦ ، ٨٨ ، ٩٥ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ . والنسائي ، في : باب من آتاه الله عز وجل ما لا من غير مسألة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٧٧ ، ٧٨ . والدارمي ، في : باب ما يهدي لعمال الصدقة لمن هو ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب في العامل إذا أصاب في عمله شيئاً ، من كتاب السير . سنن الدارمي ١ / ٣٩٤ ، ٢ / ٢٣٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٧ ، ٤٠ ، ٤٢٣ / ٥ .

(٤) تقدم تخریجه في : ٤ / ١٠٩ .

اشْتَهَرَتْ ، فصارت كالمُتَوَاتِرِ ، وليس فيه اختلافٌ ، مع ما وَرَدَ من نَصٍّ^(٥) الكتابِ فيه فاعْتَنَى عن التَّطْوِيلِ .

فصل : ومن شَرَطَ العاملُ أن يكونَ بالغا عاقلًا أَمِينًا ؛ لَأَن ذلك ضَرَبٌ من الولاية ، والولاية تُشْتَرَطُ فيها هذه الخِصَالُ ، ولَأَن الصَّبِيَّ والمجنونَ لا قَبْضَ لهما ، والخائفَ يذهبُ بمالِ الزكاةِ وَيُضَيِّعُهُ على أَرْبابِهِ . وَيُشْتَرَطُ إِسْلَامُهُ . واختار هذا القاضي . وذكر أبو الخطاب وغيره ، أَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ إِسْلَامُهُ ؛ لَأَنَّهُ إِجَارَةٌ على عَمَلٍ ، فجاز أن يَتَوَلَّاهُ الكافرُ ، كجَبَايَةِ الخِرَاجِ . وقيلَ عن أحمدَ في ذلك رَوَايَتَانِ . ولنا ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ لَهُ^(٦) الأمانةُ ، فاشْتَرَطَ لَهُ الإِسْلَامُ ، كالشَّهَادَةِ ، ولَأَنَّهُ ولايةٌ على المسلمين ، فلم يَجْزُ أن يَتَوَلَّاهُ الكافرُ ، كسائرِ الولاياتِ ، ولَأَنَّ مَنْ ليس من أهلِ الزكاةِ ، لا يجوزُ أن يَتَوَلَّى العِمَالَةَ كالحَرَبِيِّ ، ولَأَنَّ الكافرَ ليس بِأَمِينٍ ، ولهذا قال عمرُ : لا تَأْتِمُنُوهُمْ وقد خَوَّنَهُمُ اللهُ تعالى . وقد أَكْرَعَ عمرُ على أبي موسى تَوَلِيَّتَهُ الكِتَابَةَ نَصْرَانِيًّا^(٧) . فالزكاةُ التي هي رُكْنُ الإِسْلَامِ أَوَّلَى . وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ من غيرِ ذَوِي القُرْبَى ، إِلَّا أن يَدْفَعَ إِلَيْهِ أَجْرَتَهُ من غيرِ الزكاةِ . وقال أصحابنا : يجوزُ له الأَخْذُ منها ؛ لَأَنَّهُ أَجْرَةٌ على عَمَلٍ تجوزُ لِلْغَنِيِّ ، فجازَتْ لَذَوِي القُرْبَى ، كأَجْرَةِ النُّقَالِ والحافظِ . وهذا أحدُ الوجهينِ لأَصْحَابِ الشافعيِّ . ولنا ، حديثُ الفضلِ بنِ العباسِ وعبيدِ المُطَّلَبِ بنِ ربيعةَ بنِ الحارثِ ، حين سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ أن يَبْعَثَهُما على الصدقةِ ، فَأَبَى أن يَبْعَثَهُما ، وقال : « إِنَّمَا هَذِهِ الصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ ، وَإِنَّهَا لا تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلَا لِآلِ مُحَمَّدٍ » . وحديثُ أبي رافعٍ أيضًا^(٨) . وهذا ظاهرٌ في تحريمِ أَخْذِهِمْ^(٩) لها عِمَالَةً^(٩) ، فلا تجوزُ مخالَفَتُهُ . ويفارقُ النُّقَالَ والحَمَالَ والرَّاعِيَ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ أَجْرَةٌ لِحَمْلِهِ

(٥) في م : « نشر » .

(٦) سقط من : ١ .

(٧) أخرجه البيهقي ، في : باب لا ينبغي للقاضي ولا للوالي ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

١٠ / ١٢٧ .

(٨) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٠ .

(٩) (٩-٩) في ١ ، م : « العمالة » .

٢٢٥/٦ و لا لِعَمَالِهِ . ولا يَشْتَرُ كَوْنُهُ حُرًّا ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَحْصُلُ مِنْهُ الْمَقْصُودُ / كَالْحُرِّ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ عَامِلًا كَالْحُرِّ . ولا كَوْنُهُ فَقِيرًا إِذَا كُتِبَ لَهُ مَا يَأْخُذُهُ ، وَحُدُّهُ لَهُ ، كَمَا كُتِبَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَمَالِهِ فَرَائِضَ الصَّدَقَةِ ، وَكَأَنَّ كُتُبَ أَبِي بَكْرٍ لِعَمَالِهِ ، أَوْ بَعَثَ مَعَهُ مَنْ يُعْرِفُهُ ذَلِكَ . ولا كَوْنُهُ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْعَامِلَ صِنْفًا غَيْرَ الْفَقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، فَلَا يُشْتَرُ وجودُ مَعْنَاهُمَا فِيهِ ، كَمَا لَا يُشْتَرُ مَعْنَاهُ فِيهِمَا ، وَقَدَرُوا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَبْدٍ ، إِلَّا لِحُمْسَةٍ ؛ لِعَازٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، أَوْ لِعَامِلٍ عَلَيْهَا ، أَوْ لِرَجُلٍ ابْتِاعَهَا بِمَالِهِ ، أَوْ لِرَجُلٍ كَانَ لَهُ جَارٌ مُسْكِينٌ فَتَصَدَّقَ عَلَى الْمُسْكِينِ ، فَأَهْدَى الْمُسْكِينُ إِلَى الْعَبْدِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١٠) . وَذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ تَشْتَرُ الْحُرِّيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْعِمَالَةَ وَلَايَةٌ ، فَنَافَاها الرُّقُّ ، كَالْقَضَاءِ . وَيُشْتَرُ الْفَقْرُ ؛ لِيَعْلَمَ قَدَرُ الْوَاجِبِ وَصِفَتُهُ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَا نُسَلِّمُ مُنَافَاةَ الرُّقِّ لِلْوَلَايَةِ الدِّينِيَّةِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِمَامًا فِي الصَّلَاةِ ، وَمُفْتِيًا ، وَرَاقِيًا لِلْحَدِيثِ ، وَشَاهِدًا ، وَهَذِهِ مِنَ الْوَلَايَاتِ الدِّينِيَّةِ . وَأَمَّا الْفَقْرُ ، فَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَعْرِفَةِ مَا يَأْخُذُهُ وَيَتْرُكُهُ ، وَيَحْصُلُ ذَلِكَ بِالْكِتَابَةِ ^(١١) لَهُ ، كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

فصل : والإمامُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْعَامِلَ إِجَارَةً صَحِيحَةً ، بِأَجْرِ مَعْلُومٍ ، أَوْ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَإِمَّا عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، وَبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ جُعْلًا مَعْلُومًا عَلَى عَمَلِهِ ، فَإِذَا عَمِلَهُ اسْتَحَقَّ الْمَشْرُوطَ ، وَإِنْ شَاءَ بَعَثَهُ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ ثُمَّ أَعْطَاهُ ؛ فَإِنْ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : بَعَثَنِي النَّبِيُّ ﷺ عَلَى الصَّدَقَةِ ، فَلَمَّا رَجَعْتُ عَمَلَنِي ، فَقُلْتُ : أُعْطِيهِ ^(١٢) أَخْرَجَ إِلَيْهِ ^(١٣) مِنْنِي . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ ^(١٤) . فَإِنْ تَلَفَتِ الصَّدَقَةُ فِي يَدِهِ قَبْلَ وُصُولِهَا إِلَى

(١٠) تقدم تخريجه في : ٤ / ١٠٣ .

(١١) في ١ ، م : « بالكتاب » .

(١٢) في م زيادة : « من » .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) تقدم تخريجه في : ٤ / ١٠٨ ، ١٠٧ .

أَرْبَابُهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، وَإِنْ لَمْ تَتَلَفْ أُعْطِيَ أَجْرَ عَمَلِهِ مِنْهَا ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ تَمَنِّيْهَا أَوْ أَقَلَّ ، ثُمَّ قُسِمَ الْبَاقِي عَلَى أَرْبَابِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مُؤْتَيْتِهَا ، فَجَرَى مَجْرَى عِلْفِهَا وَمُدَاوَاتِهَا . وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ أَعْطَاهُ أَجْرَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، أَوْ يَجْعَلُ لَهُ رِزْقًا فِي^(١٥) بَيْتِ الْمَالِ ، وَلَا يُعْطِيهِ مِنْهَا شَيْئًا ، فَعَلَّ . وَإِنْ تَوَلَّى الْإِمَامُ أَوْ الْوَالِي مِنْ^(١٦) قَبْلِهِ ، أَخَذَ الصَّدَقَةَ وَقَسَمَتْهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ مِنْهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ رِزْقَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ .

فصل : ويجوز للإمام أن يُوَلِّي السَّاعِيَ جِبَايَتَهَا دُونَ تَفْرِيقِهَا^(١٧) . ويجوز أن يُؤَلِّيه جِبَايَتَهَا وَتَفْرِيقَهَا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَلَّى ابْنَ اللَّثْبِيَّةِ فَقَدِمَ بِصَدَقَتِهِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : هَذَا لَكُمْ ، وَهَذَا أُهْدِيَ لِي^(١٨) . وَقَالَ لَقَبِيصَةَ : « أَقِمِ يَا قَبِيصَةُ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ ، فَتَأْمُرَ لَكَ بِهَا »^(١٩) . وَأَمَرَ مُعَاذًا أَنْ يَأْخُذَ الصَّدَقَةَ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فِيرُدَّهَا فِي قُرَائِهِمْ^(٢٠) . وَيُرَوَّى^(٢١) أَنَّ زِيَادًا وَلَّى عِمْرَانَ بْنَ حُصَيْنٍ الصَّدَقَةَ ، فَلَمَّا جَاءَ قِيلَ لَهُ : أَيْنَ الْمَالُ ؟ قَالَ : أَوَّلُ لِلْمَالِ بَعَثْنِي ! أَخَذْنَاهَا كَمَا كُنَّا نَأْخُذُهَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَوَضَعْنَاهَا حَيْثُ كُنَّا نَضَعُهَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢٢) . وَعَنْ أَبِي جُحَيْفَةَ قَالَ : أَتَانَا مُصَدِّقُ النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَخَذَ الصَّدَقَةَ مِنْ أَغْنِيَائِنَا ، فَوَضَعَهَا فِي قُرَائِنَا ، وَكُنْتُ غُلَامًا يَتِيمًا ، فَأَعْطَانِي مِنْهَا قُلُوصًا . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢٣) .

(١٥) في ب : « من » .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في الأصل ، ب ، م : « تفرقتها » .

(١٨) في ب ، م : « إلى » .

وانظر ما تقدم في تخریج حديث ابن اللثبية في حاشية صفحة ٣١٢ .

(١٩) تقدم تخریج حديث قبصة في : ٤ / ١١٩ .

(٢٠) تقدم تخریجه في : ١ / ٢٧٥ ، ٤ / ٥ .

(٢١) في ب : « وروی » .

(٢٢) تقدم تخریجه في : ٤ / ١٣٢ .

(٢٣) تقدم تخریجه في : ٤ / ٩٧ .

١٠٨٨ - مسألة ؛ قال : (والمؤلفة قلوبهم ، وهم المشركون المتألفون على الإسلام)

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة المستحقون لها . وقال أبو حنيفة : انقطع سَهْمُهُمْ . وهو أحد أقوال الشافعي ؛ لما روى أن مشركاً جاء يلتبس من عمر مالا ، فلم يعطه ، وقال : ﴿ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ ﴾ ^(١) . ولم يتقل عن عمر ولا عثمان ولا على أنهم أعطوا شيئا من ذلك ، ولأن الله تعالى أظهر الإسلام ، وقمع المشركين ، فلا حاجة بنا إلى التأليف . وحكى حنبل ، عن أحمد ، أنه قال : المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم . والمذهب / على خلاف ما حكاه حنبل ، ولعل معنى قول أحمد : انقطع حكمهم . أي لا يحتاج إليهم في الغالب ، أو أراد أن الأئمة لا يعطونهم اليوم ^(٢) شيئا ، فأما إن احتاج إليهم جاز الدفع إليهم ، فلا يجوز الدفع إليهم إلا مع الحاجة . ولنا ، على جواز الدفع إليهم قول الله تعالى : ﴿ وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ﴾ ^(٣) . وهذه الآية في سورة براءة ، وهي من ^(٤) آخر ما نزل من القرآن على رسول الله ﷺ . وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين ^(٥) . وأعطى أبو بكر ، رضي الله عنه ، عدي بن حاتم ، وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من إبل الصدقة ، ثلاثين بغيرا . ومخالفة كتاب الله تعالى ، وسنة رسوله ، واطراحهما ^(٦) بلا حجة لا يجوز ، ولا يثبت النسخ بترك

(١) سورة الكهف ٢٩ . وفي النسخ : « من شاء فليؤمن » خطأ .

(٢) سقط من : ١ .

(٣) سورة التوبة ٦٠ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب قوله : « والمؤلفة قلوبهم » ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٦ / ٨٤ .

ومسلم ، في : باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧٣٨ .

والترمذي ، في : باب ما جاء في إعطاء المؤلفة قلوبهم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأخوذى ٣ / ١٧١ . والنسائي ،

في : باب المؤلفة قلوبهم ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٦٥ .

(٦) في ١ ، م : « واطراحها » .

عمر وعثمان إعطاء المؤلفة ، ولعلهم لم يحتاجوا إلى إعطائهم ، فتركوا ذلك لعدم الحاجة إليه ، لا لسقوطه .

فصل : والمؤلفة قلوبهم ضربان ؛ كفار ومسلمون ، وهم جميعا السادة المطاعون في قومهم وعشائيرهم . فالكفار ضربان ؛ أحدهما ، من يرجى إسلامه ، فيعطى ليتقوى نيته في الإسلام ، وتميل نفسه إليه ، فيسلم ؛ فإن النبي ﷺ يوم فتح مكة ، أعطى صفوان بن أمية الأمان ، واستنظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره ، وخرج معه إلى حنين ، فلما أعطى النبي ﷺ العطايا قال صفوان : مالي ؟ فأومأ النبي ﷺ إلى واد فيه إبل محملة ، فقال : « هذا لك » . فقال صفوان^(٧) : هذا عطاء من لا يخشى الفقر^(٨) . والضرب الثاني ، من يخشى شره ، ويرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه . وروى عن ابن عباس أن قوما كانوا يأتون النبي ﷺ ، فإن أعطاهم مدحوا الإسلام ، وقالوا : هذا دين حسن . وإن منعهم ذموا وعابوا^(٩) . وأما المسلمون فأربعة / أضرب ؛ قوم من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ، ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الإسلام ، فإذا أعطوا رجى إسلام نظرائهم وحسن نياتهم ، فيجوز إعطاؤهم ؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه ، أعطى عدي بن حاتم ، والزريقان بن بذر ، مع حسن نيتهما وإسلامهما . الضرب الثاني ، سادات مطاعون في قومهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم ، ومناصحتهم في الجهاد ، فإنهم يعطون ؛ لأن النبي ﷺ أعطى عيينة بن حصن ، والأقرع بن حابس ، وعلقمة بن علاثة ، والطلقاء من أهل مكة ، وقال للأنصار : « يا معشر الأنصار علام تأسون ؟ على لعاعة^(١٠) من الدنيا تألفت بها قوما

٢٢٦/٦ ظ

(٧) في م زيادة : « إن » .

(٨) أخرجه مسلم ، في : باب ما سئل رسول الله ﷺ شيئا قط ، فقال : لا . وكثرة عطائه ، من كتاب الفضائل .

صحيح مسلم ٤ / ١٨٠٦ .

(٩) انظر إرواء الغليل ٣ / ٣٦٩ .

(١٠) اللعاعة : الحصب والدنيا .

لَا إِيمَانَ لَهُمْ ، وَكَلَّكُمُ إِلَى إِيْمَانِكُمْ ؟ »^(١١) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ^(١٢) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ تَعْلَبَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْطَى أَنَسًا وَتَرَكَ أَنَسًا ، فَبَلَغَهُ عَنِ الَّذِينَ تَرَكَ أَنَسُهُمْ عَتَبُوا ، فَصَعَدَ الْمِنْبَرَ ، فَحَمَدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : « إِنِّي أُعْطِيَ أَنَسًا وَأَدْعُ أَنَسًا ، وَالَّذِي أَدْعُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ الَّذِي أُعْطِيَ ، أُعْطِيَ أَنَسًا لِمَا فِي قُلُوبِهِمْ مِنَ الْجَزَعِ وَالْهَلَجِ ، وَكُلُّ أَنَسًا إِلَيَّ مَا فِي قُلُوبِهِمْ مِنَ الْغَنَى وَالْخَيْرِ ؛ مِنْهُمْ عَمْرُو بْنُ تَعْلَبَ » . وَعَنْ أَنَسٍ ، قَالَ : حِينَ أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ أَمْوَالَ هَوَازِنَ ، طَفِقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُعْطِي رِجَالًا مِنْ قَرِيشٍ مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ ، فَقَالَ نَاسٌ مِنَ الْأَنْصَارِ : يَغْفِرُ اللَّهُ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، يُعْطِي قُرَيْشًا وَيَمْنَعُنَا ، وَسَيُوفُنَا تَقَطُّرُ مِنْ دِمَائِهِمْ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنِّي أُعْطِيَ رِجَالًا »^(١٣) حَدِيثِي عَهْدٍ^(١٤) بِكَفْرِ أَتَأْلَفُهُمْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، قَوْمٌ فِي طَرَفِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ ، إِذَا أُعْطُوا دَفَعُوا عَمَّنْ يَلِيهِمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ : قَوْمٌ إِذَا أُعْطُوا أَجَبُوا الزَّكَاةَ مِمَّنْ لَا يُعْطِيهَا إِلَّا أَنْ يَخَافَ . (وَكُلُّ هَؤُلَاءِ)^(١٦) يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ مِنَ الزَّكَاةِ ؛ لِأَنَّهُمْ / مِنَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ، فَيَدْخُلُونَ فِي عُمُومِ الْآيَةِ . ٢٢٧/٦ و

-
- (١١) أخرجه مسلم ، في : باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧٣٨ ، ٧٣٩ . والنسائي ، في : باب المؤلفة قلوبهم ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٦٥ .
- (١٢) في : باب من قال في الخطبة بعد النشاء : أما بعد ، من كتاب الجمعة ، وفي : باب ما كان النبي ﷺ يعطى المؤلفة قلوبهم من الخمس ونحوه ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا ... ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ٢ / ١٣ ، ٤ / ١١٤ ، ٩ / ١٩١ .
- كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٦٩ .
- (١٣-١٤) في الأصل ، ١ ، ب : « حديث عهد » . وفي م : « حدثاء عهد » . وفي البخاري : « حديث عهدهم » . والمثبت في صحيح مسلم .
- (١٤) أخرجه البخاري ، في : باب ما كان النبي ﷺ يعطى المؤلفة قلوبهم من الخمس ونحوه ، من كتاب الخمس . صحيح البخاري ٤ / ١١٤ . ومسلم ، في : باب إعطاء المؤلفة ومن يخاف على إيمانه ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧٣٣-٧٣٧ .
- كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ١٦٦ .
- (١٥-١٦) في ١ : « هؤلاء » .

١٠٨٩ - مسألة ؛ قال : (وفي الرقاب ، وهم المكاتبون)

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ثبوت سهم الرقاب ، ولا يختلف المذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة إليهم . وهو قول الجمهور . وخالفهم مالك ، فقال : إنما يصرف سهم الرقاب في إعتاق العبيد ، ولا يُعجِبنِي أن يُعان منها مكاتب . وخالف أيضاً ظاهر الآية ؛ لأن المكاتب من الرقاب ، لأنه عبد ، واللفظ عام ، فيدخل في عموميه . إذا ثبت هذا ، فإنه يُدفع إلى المكاتب جميع ما يحتاج إليه لوفاء كتابته ، فإن لم يكن معه شيء ، جاز أن يُدفع إليه جميعها . وإن كان معه شيء ، تَمَّ له ما يتخلص به ؛ لأن حاجته لا تندفع إلا بذلك . ولا يُدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء ؛ لأنه مُستغن عنه في وفاء الكتابة . قيل ^(١) : ولا يُدفع إليه بحكم الفقر شيء ^(٢) ؛ لأنه عبد . ويجوز أن يُدفع إليه في كتابته قبل حلول النجم ؛ لئلا يحل النجم ولا شيء معه ، فتفسخ الكتابة . ولا يُدفع إلى مكاتب كافر شيء ؛ لأنه ليس من مصارف الزكاة . ولا يُقبل قول المكاتب ^(٣) : إنه مكاتب إلا ببينة ؛ لأن الأصل عدمها ، فإن صدقه السيد ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يُقبل ؛ لأن الحق في العبد لسيدّه ، فإذا أقرّ بانتقال حقه عنه قبل والثاني ، لا يُقبل ؛ لأنه متهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال .

فصل : ويجوز للسيد دفع زكاته إلى ^(٤) مكاتبه ؛ لأنه قد صار معه في باب المعاملة كالأجنبي ، حتى ^(٥) يجرى بينهما الربا ، فصار كالغريم يُدفع زكاته إلى ^(٦) غريمه . ويجوز للمكاتب ردّها إلى سيده بحكم الوفاء ؛ لأنها رجعت إليه بحكم الإيفاء ، أشبه إيفاء الغريم دينه بها . قال ابن عَقِيل : ويجوز دفع الزكاة إلى سيد / المكاتب وفاء عن الكتابة .

٢٢٧/٦ ظ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢) سقط من : ١ .

(٣) في م : « مكاتب » .

(٤-٤) سقط من : ب . نقل نظر .

وهو الأولى ؛ لأنه أعجلُ لِعَتَقِهِ ، وأوصلُ إلى المَقْصُودِ الذى كان الدَّفْعُ من أَجْلِهِ ، فإنه إذا أَخَذَهُ الْمُكَاتَّبُ قَدْ يَدْفَعُهُ وَقَدْ لَا يَدْفَعُهُ . ونقل حَنْبَلٌ أَنَّهُ قَالَ : قَالَ سُفْيَانُ : لَا تُعْطَى مُكَاتَّبًا لَكَ مِنَ الزَّكَاةِ . قَالَ : وَسَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ : وَأَنَا أَرَى مِثْلَ ذَلِكَ . وَقَالَ الْأَثَرُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ : أَيُعْطَى الْمُكَاتَّبُ مِنَ الزَّكَاةِ ؟ قَالَ : الْمُكَاتَّبُ بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ ، فَكَيْفَ يُعْطَى ؟ وَمَعْنَاهُ — وَاللَّهُ أَعْلَمُ — لَا يُعْطَى مُكَاتَّبُهُ مِنَ الزَّكَاةِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدُهُ وَمَالُهُ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِ إِنْ عَجَزَ ^(٥) ، وَإِنْ عَتَقَ فَلَهُ وَلَاؤُهُ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِمُكَاتَّبِهِ ، وَلَا شَهَادَةُ مُكَاتَّبِهِ لَهُ .

١٠٩٠ — مسألة ؛ قَالَ : (وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي ^(١) عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهَا)

اِخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي جَوَازِ الْإِعْتِقَاقِ مِنَ الزَّكَاةِ ، فَرَوَى عَنْهُ جَوَازُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، لِعُمُومِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ﴾ ^(٢) . وَهُوَ مُتَنَازِلٌ لِلْقَيْنِ ، بَلْ هُوَ ظَاهِرٌ فِيهِ ، فَإِنَّ الرِّقَبَةَ إِذَا أُطْلِقَتْ انْصَرَفَتْ إِلَيْهِ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٣) . وَتَقْدِيرُ الْآيَةِ ، وَفِي إِعْتِقَاقِ الرِّقَابِ . وَلَئِنَّ إِعْتِقَاقَ لِلرِّقَبَةِ ، فَجَازَ صَرَفُ الزَّكَاةِ فِيهِ ^(٤) ، كَدَفْعِهِ فِي الْكِتَابَةِ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْآيَةَ تَقْتَضِي صَرَفَ الزَّكَاةِ إِلَى الرِّقَابِ ، كَقَوْلِهِ : ﴿ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(٥) يُرِيدُ الدَّفْعَ إِلَى الْمُجَاهِدِينَ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَالْعَبْدُ الْقَيْنُ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ شَيْءٌ .

(٥) في م زيادة : « يرجع إليه » . تكرار .

(١) سقط من : م .

(٢) سورة التوبة ٦٠ .

(٣) سورة النساء ٩٢ ، وسورة المجادلة ٣ .

(٤) في ١ : « إليه » .

قال أحمد، في رواية أبي طالب: قد كنت أقول: يُعْتَقُ من زكاته، ولكن أهابه اليوم؛ لأنه^(٥) يَجُرُّ الولاء. وفي موضع آخر، قيل له: فما يُعْجِبُكَ من ذلك؟ قال: يُعِينُ من ثَمَنِها، فهو أَسْلَمُ. وقد رَوَى نحو هذا عن النَّحَّيِّ، وسعيد بن جبير، فإنَّهما قالا: لا يُعْتَقُ من الزَّكَاةِ رَقَبَةٌ كَامِلَةٌ، لكن يُعْطَى منها في رَقَبَةٍ، ويُعِينُ مُكَاثِبًا. وبه قال أبو حنيفة وصاحباه؛ لأنه إذا / أَعْتَقَ من زكاته، انْتَفَعَ بولاءٍ مَنْ أَعْتَقَهُ، فكأنَّه صَرَفَ الزَّكَاةَ إلى نَفْسِهِ. وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية، أنَّ أحمد رَجَعَ عن القول بالإغْتَاقِ من الزَّكَاةِ. وهذا - والله أعلم - من أحمد إنَّما كان على سبيلِ الْوَرَعِ، فلا يَفْتَضِي رُجُوعًا؛ لأنَّ الْعِلَّةَ التي تَمْلِكُ بها جَرُّ الْوَلَاءِ، ومَذْهَبُهُ أنَّ ما رَجَعَ من الْوَلَاءِ رُدُّ في مِثْلِهِ، فلا يَنْتَفِعُ إذا بِإِغْتَاقِهِ من الزَّكَاةِ.

فصل: ولا يجوز أن يشتري من زكاته مَنْ يُعْتَقُ عليه بِالرَّحِمِ، وهو كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، فإن فعل عتق عليه، ولم تَسْقُطْ عنه الزَّكَاةُ. وقال الحسن: لا بأس أن يُعْتَقَ أباه من الزَّكَاةِ؛ لأنَّ دَفْعَ الزَّكَاةِ لم يَحْصُلْ إلى أبيه، وإنَّما دَفَعَ الثَّمَنَ إلى بائِعِهِ. ولنا، أنَّ نَفْعَ زَكَاتِهِ عاد إلى أبيه، فلم يَجُرُّ، كَالو دَفَعَهَا إليه، ولأنَّ عِتْقَهُ حَصَلَ بِنَفْسِ الشَّرَاءِ مُجَازَاةً وَصِلَةً لِلرَّحِمِ^(٦)، فلم يَجُزْ أن يَحْتَسِبَ له به عن الزَّكَاةِ، كَنَفَقَةِ أَقَارِبِهِ. ولو أَعْتَقَ عَبْدَهُ الْمَمْلُوكَ^(٧) له عن زكاته، لم يُجْزِئُهُ^(٨)؛ لأنَّ أدَاءَ الزَّكَاةِ عن كُلِّ مالٍ من جِنْسِهِ، والعَبْدُ ليس من جِنْسٍ ما تَجِبُ الزَّكَاةُ فيه. ولو أَعْتَقَ عَبْدًا^(٩) عن عِبِيدِ التَّجَارَةِ^(١٠)، لم يَجُزْ؛ لأنَّ الْوَاجِبَ في قِيَمَتِهِمْ، لا في عَيْنِهِمْ.

فصل: ويجوز أن يشتري من زكاته أسيرًا مُسْلِمًا من أَيْدِي الْمُشْرِكِينَ؛ لأنه فَكُّ رَقَبَةٍ

(٥) في الأصل، ب، م: «ولأنه».

(٦) في الأصل، ب: «الرحم».

(٧) في الأصل: «الملك».

(٨) في م: «يجز».

(٩-١٠) في م: «من عبيده للتجارة».

من الأسير ، فهو كفك رَقَبَةَ الْعَبْدِ مِنَ الرُّقِّ ، ولأن فيه إغزازاً للدين ، فهو كَصَنْفِهِ إِلَى الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ، ولأنه يَدْفَعُهُ ^(١٠) إِلَى الْأَسِيرِ ^(١١) فِي فَكٍّ ^(١٢) رَقَبَتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا يَدْفَعُهُ إِلَى الْغَارِمِ لِفَكِّ رَقَبَتِهِ مِنَ الدِّينِ .

١٠٩١ - مسألة ؛ قال : (فَمَا رَجَعَ مِنَ الْوَلَاءِ رُدُّ فِي مِثْلِهِ)

يَعْنِي يُعْتَقُ بِهِ أَيْضًا . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ ؛ لقول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » ^(١) . وقال مالكٌ : وَلَوْهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَا مُسْتَحِقَّ لَهُ ، أَشْبَهَ مَالٌ مَنْ لَا وِارِثَ لَهُ . وقال العنبريُّ : يَجْعَلُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِلصَّدَقَاتِ ؛ لِأَنَّهُ عِنْتُهُ مِنَ الصَّدَقَةِ ، فَوَلَّاهُ يَرْجِعُ إِلَيْهَا ، وَلَأنَّ عِنْتَهُ / بِمَالٍ هُوَ لِلَّهِ ، وَالْمُعْتَقُ نَائِبٌ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى فِي الشَّرَاءِ وَالْإِعْتَاقِ ، فَلَمْ يَكُنِ الْوَلَاءُ لَهُ ، كَمَا لَوْ تَوَكَّلَ فِي الْإِعْتَاقِ ، وَكَالسَّاعِي إِذَا اشْتَرَى مِنَ الزَّكَاةِ رَقَبَةً وَأَعْتَقَهَا ، وَلَأنَّ الْوَلَاءَ أَثَرُ الرُّقِّ ، وَفَائِدَةُ مِنَ الْمُعْتَقِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الْمُزَكِّيِّ ، لِإِفْضَائِهِ إِلَى أَنْ يَنْتَفِعَ بِزَكَاتِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَلَاءَ لَهُ . وَقَدْ سَبَقَ ذَلِكَ فِي بَابِ الْوَلَاءِ .

فصل : وَلَا يَعْقِلُ عَنْهُ . اخْتَارَهُ الْخَلَّالُ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَعْقِلُ عَنْهُ . اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَقٌ ، فَيَعْقِلُ عَنْهُ ، كَالَّذِي أُعْتَقَهُ مِنْ مَالِهِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَأْخُذْ بِمِرَاتِهِ بِالْوَلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بِزَكَاتِهِ ، وَالْعَقْلُ عَنْهُ لَيْسَ بِإِنْتِفَاعٍ ، فَيَبْقَى ^(٢) عَلَى الْأَصْلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ وَكِيلًا فِي الْعِنْتِ ، وَلَأنَّهُ لَا يَرِثُهُ ، فَلَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَ دَيْنُهُمَا ، وَمَا ذَكَرَهُ يَطْلُ بِالْوَكِيلِ وَالسَّاعِي إِذَا أُعْتِقَ مِنَ الزَّكَاةِ .

(١٠) فِي ب : دَفَعَهُ .

(١١-١٢) فِي م : لَفَكَّ .

(١) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي : ٨ / ٣٥٩ .

(٢) فِي أ : بَقِيَ .

١٠٩٢ - مسألة ؛ قال : (والغارمين)

وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم^(١) . هذا الصنف السادس من أصناف مصارف^(٢) الزكاة . ولا خلاف في استحقاقهم ، وثبوت سهمهم ، وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم ، لكن إن غرم في معصية ، مثل أن يشتري خمرًا ، أو يصرّفه في زنا أو قمار أو غنائ ونحوه ، لم يدفع إليه قبل التوبة شيء ؛ لأنه إعانة على المعصية ، وإن تاب ، فقال القاضي : يدفع إليه . واختاره ابن عقيّل ؛ لأن إبقاء^(٣) الدين الذي في الذمة ليس من المعصية ، بل يجب تفريقها ، والإعانة على الواجب قرينة لا معصية ، فأشبه من أثلف ماله في المعاصي حتى افتقر ، فإنه يدفع إليه من سهم الفقراء . وفيه وجه آخر ، لا يدفع إليه ؛ لأنه استدانة للمعصية ، فلم يدفع إليه ، كما لو لم يتب ، لأنه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ، ثقة منه بأن دينه يقضى ، بخلاف من أثلف ماله في المعاصي ، فإنه يعطى لفقره ، لا لمعصيته .

فصل : ولا يدفع / إلى غارم كافر ؛ لأنه ليس من أهل الزكاة ، ولذلك لا يدفع إلى فقيرهم ولا مكائبيهم . وإن كان من ذوى القربى ، فقال أصحابنا : يجوز الدفع إليه ؛ لأن علة منعه من الأخذ منها لفقره صيأته^(٤) عن أكلها ، لكونها أوساخ الناس ، وإذا أخذها لغرمه ، فصرّفها إلى الغرماء ، فلا يناله دناءة وسخها ، ويحتمل أن لا يجوز ؛ لعدم التصور في منعهم من أخذها ، وكونها لا تحل لهم ، ولأن دناءة أخذها تحصل ، سواء أكلها أو لم يأكلها ، ولا يدفع منها^(٥) إلى غارم له ما يقضى به غرمه ؛ لأن الدفع إليه لحاجته ، وهو مستغن عنها .

(١) في الأصل ، ا : : دينهم .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في م : : إبقاء .

(٤) في ب ، م : : صيانة .

(٥) سقط من : ب .

فصل : ومن الغارمين صنف يُعْطَوْنَ مع الْغِنَى ، وهو مَنْ ^(٦) غَرِمَ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ ، وهو أَنْ يَقَعَ بَيْنَ الْحَيِّينَ وَأَهْلِ الْقَرْيَتَيْنِ عِدَاوَةٌ وَضَعَاؤُنِ ، يَتَلَفُ فِيهَا نَفْسٌ أَوْ مَالٌ ، وَيَتَوَقَّفُ صَلَاحُهُمْ عَلَى مَنْ يَتَحَمَّلُ ذَلِكَ ، فَيَسْتَعَى إِنْسَانٌ فِي الْإِصْلَاحِ بَيْنَهُمْ ، وَيَتَحَمَّلُ الدَّمَاءَ الَّتِي بَيْنَهُمْ وَالْأَمْوَالَ ، فَيُسَمَّى ذَلِكَ حِمَالَةً ، بَفَتْحِ الْحَاءِ ، وَكَانَتِ الْعَرَبُ تُعْرِفُ ذَلِكَ ، وَكَانَ الرَّجُلُ مِنْهُمْ يَتَحَمَّلُ الْحِمَالَةَ ، ثُمَّ يَخْرُجُ فِي الْقَبَائِلِ فَيَسْأَلُ ^(٧) حَتَّى يُؤَدِّيَهَا ، فَوَرَدَ الشَّرْعُ بِإِبَاحَةِ الْمَسْأَلَةِ فِيهَا ، وَجَعَلَ لَهُمْ ^(٨) نَصِيبًا مِنَ الصَّدَقَةِ ، فَرَوَى قَبِيصَةُ بْنُ الْمُخَارِقِ ، قَالَ : تَحَمَّلْتُ حِمَالَةً ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، وَسَأَلْتُهُ فِيهَا ، فَقَالَ : « أَقِمْ يَا قَبِيصَةُ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ ، فَنَأْمُرَكَ بِهَا » . ثُمَّ قَالَ : « يَا قَبِيصَةُ ، إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا لِثَلَاثَةٍ ؛ رَجُلٌ تَحَمَّلَ حِمَالَةً فَيَسْأَلُ فِيهَا حَتَّى يُؤَدِّيَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكُ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَاجْتَا حَتَّى مَالُهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ سِدَادًا مِنْ عَيْشِهِ ، أَوْ قِوَامًا مِنْ عَيْشِهِ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَشْهَدَ ^(٩) ثَلَاثَةً مِنْ ذَوِي الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ ، لَقَدْ أَصَابَتْ فَلَانًا فَاقَةً ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ سِدَادًا مِنْ عَيْشِهِ ^(١٠) ، أَوْ قِوَامًا مِنْ عَيْشِهِ ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ سُخْتٌ يَأْكُلُهَا صَاحِبُهَا سُخْتًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ^(١١) .

٢٢٩/٦ ط وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَيْنِي ، إِلَّا لِخَمْسَةٍ » ^(١٢) . ذَكَرَ مِنْهُمْ ^(١٣) الْغَارِمُ . وَلَئِنَّهُ إِنَّمَا يُقْبَلُ ضَمَانُهُ وَتَحْمُلُهُ إِذَا كَانَ مَلِيًّا ، وَبِهِ حَاجَةٌ إِلَى ذَلِكَ مَعَ الْغِنَى ، وَإِنْ أَدَّى ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ سَقَطَ

(٦) سقط من : م .

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٨) في ب ، م : « له » .

(٩) في م زيادة : « له » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٩ .

(١٢) تقدم تخريجه في : ٤ / ١٠٣ .

(١٣) في م : « منها » .

الغُرمُ ، وإن استندانَ وأدَّها ، جازَ له الأخذُ ؛ لأنَّ الغُرمَ باقٍ ، والمطالبةُ قائمةٌ ، والفرقُ بين هذا الغُرمِ والغُرمِ لمصلحةِ نفسه ، أنَّ هذا الغُرمَ يُؤخَذُ^(١٤) لحاجتنا إليه لإطفاءِ الثَّائرة ، وإخمادِ الفِتنة ، فجازَ له الأخذُ مع الغنى ، كالغازي والمؤلفِ والعالمِ^(١٥) . والغارمُ لمصلحةِ نفسه يأخذُ لِحاجةِ نفسه ، فاعتُبرتْ حاجتُه وعجزُه ، كالفقيرِ والمُسكينِ والمُكاتبِ وابنِ السَّبيلِ . وإذا كان الرجلُ غنياً ، وعليه دينٌ لمصلحةٍ لا يُطيقُ قضاءَه ، جازَ أنْ يُدفعَ إليه ما يُتمُّ به قضاءَه ، مع ما زاد عن حدِّ الغنى . فإذا قلنا : الغنى يحصلُ بخمسينَ درهماً . وله مائةٌ ، وعليه مائةٌ ، جازَ أنْ يُدفعَ إليه^(١٦) خمسونَ ، ليتمَّ قضاءُ المائةِ من غيرِ أنْ يُنقصَ غناه . قال أحمدُ : لا يُعطى من عنده خمسونَ درهماً أو جسابها من الذَّهَبِ ، إلَّا مديناً ، فيُعطى دينه ، وإن كان يُمكنه قضاءُ الدينِ من غيرِ نقصٍ من الغنى لم يُعطَ شيئاً .

فصل : وإذا أراد الرجلُ دفعَ زكَّاته إلى الغارِمِ ، فله أنْ يُسَلِّمها إليه لِيُدفعَها إلى غريمه ، وإن أحبَّ أنْ يَدفعَها إلى غريمه قضاءً عن دينه ، فعن أحمدَ فيه روايتان ؛ إحداهما ، يجوزُ ذلك . نقلَ أبو الحارثِ ، قال : قلتُ لأحمدَ : رجُلٌ عليه ألفٌ ، وكان على رجُلٍ زكاةُ ماله ألفٌ ، فأدَّها عن هذا الذي عليه الدينُ ، يجوزُ هذا من زكَّاته ؟ قال : نعم ، ما أرى بذلك بأساً . وذلك لأنَّه دفعَ الزكاةَ قِ قضاءِ دينه ، فأشبهَ ما لو دفعَها إليه ففَضَّى^(١٧) بها دينه . والثانية ، لا يجوزُ دفعُها إلى الغريمِ . قال أحمدُ : أحبُّ إليَّ أنْ يَدفعَها إليه ، حتى يَقضِيَ هو عن نفسه . قيل : هو مُحتاجٌ يخافُ أنْ يَدفعَها إليه ، فيأْكُلَها / ، ولا يَقضِيَ دينه . قال : فقلْ له يوكِّله حتى يَقضيه . فظاهرُ هذا أنَّه لا يَدفعُ الزكاةَ إلى الغريمِ إلَّا بوكالةِ الغارِمِ ؛ لأنَّ الدينَ إنَّما هو على الغارِمِ ، فلا يصحُّ قضاؤه إلَّا

(١٤) رسم الكلمة في النسخ : « يأخذ » .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في م : « له » .

(١٧) في ا ، ب : « ففضى » . وفي م : « يقضى » .

بِتَوَكُّيلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ هَذَا عَلَى الِاسْتِحْبَابِ ، وَيَكُونُ قَضَاؤُهُ عَنْهُ جَائِزًا . وَإِنْ كَانَ دَافِعُ الزَّكَاةِ الْإِمَامَ ، جَازَ أَنْ يَقْضَىٰ بِهَا دَيْنُهُ مِنْ غَيْرِ تَوَكُّيلِهِ ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ وَلَايَةً عَلَيْهِ فِي إِيفَاءِ الدَّيْنِ ، وَلِهَذَا يُجْبِرُهُ عَلَيْهِ إِذَا امْتَنَعَ مِنْهُ . وَإِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا ، فَإِنْ كَانَ يَدَّعِيهِ مِنْ جِهَةِ إِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ ، فَلَا مَرُفِيهِ ظَاهِرًا لَا يَكَادُ يَخْفَى ، فَإِنْ خَفِيَ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ إِلَّا بَيِّنَةٌ ، وَإِنْ غَرِمَ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ إِلَّا بَيِّنَةٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْغَرَمِ ، وَبَرَاءَةُ الذِّمَّةِ . فَإِنْ صَدَّقَهُ الْغَرِيمُ ، فَعَلَى وَجْهَيْهِ ، كَالْمُكَاتِبِ إِذَا صَدَّقَهُ سَيِّدُهُ .

١٠٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَسَهْمٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَهُمْ الْغُرَاةُ يُعْطَوْنَ مَا يَشْتَرُونَ بِهِ الدُّوَابَّ وَالسَّلَاحَ ، وَمَا يَتَقَوَّوْنَ ^(١) بِهِ عَلَى الْعَدُوِّ ، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ)

هَذَا الصَّنْفُ السَّابِعُ مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ . وَلَا خِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِهِمْ ، وَبَقَاءِ حُكْمِهِمْ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُمُ الْغُرَاةُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ؛ لِأَنَّ سَبِيلَ اللَّهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ هُوَ الْغَرُّ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ : ﴿ وَجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ : ﴿ إِنْ اللَّهُ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِهِ صَفًّا ﴾ ^(٤) . وَذَكَرَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ مِنْ كِتَابِهِ ، فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَإِنَّهُمْ يُعْطَوْنَ وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَصَاحِبَاهُ : لَا تُدْفَعُ إِلَّا إِلَى فَقِيرٍ . وَكَذَلِكَ قَالُوا فِي الْغَارِمِ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ ؛ لِأَنَّ مَنْ تَجَبَّ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ لَا تَحِلُّ لَهُ ، كَسَائِرِ أَصْحَابِ السُّهُمَانِ ، وَلَآنَ النَّبِيُّ ﷺ قَالَ لِمُعَاذٍ : « أَعْلِمُهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ ، فَتَرُدُّ فِي فُقَرَائِهِمْ » ^(٥) . فَظَاهَرُ هَذَا

(١) فِي م : « يَنْفَقُونَ » .

(٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٤٤ .

(٣) سُورَةُ الصَّفِّ ١١ . وَفِي النُّسخِ : « وَجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِهِ » خَطَأً .

(٤) سُورَةُ الصَّفِّ ٤ .

(٥) تَقْدِمْ تَحْرِيجِهِ فِي : ١ / ٢٧٥ ، ٤ / ٥ .

أَنَّهَا كُلُّهَا / تُرَدُّ فِي الْفُقَرَاءِ ، وَالْفَقِيرُ عِنْدَهُمْ مَنْ لَا يَمْلِكُ نَصَابًا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : ٢٣٠/٦ ظ
 « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَنِيٍّ إِلَّا لِخَمْسَةٍ ؛ لِغَارٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، أَوْ لِغَارِمٍ » ^(٦) . وَذَكَرَ
 بَقِيَّتَهُمْ . وَلَأنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْفُقَرَاءَ وَالْمَسَاكِينَ صِنْفَيْنِ ، وَعَدَّ بَعْدَهُمَا سِتَّةَ أَصْنَافٍ ، فَلَا
 يَلْزَمُ وُجُودَ صِفَةِ الصَّنْفَيْنِ فِي بَقِيَّةِ الْأَصْنَافِ ، كَمَا لَا يَلْزَمُ وُجُودُ صِفَةِ الْأَصْنَافِ فِيهِمَا ^(٧) ،
 وَلَأنَّ هَذَا يَأْخُذُ ^(٨) لِحَاجَتِنَا إِلَيْهِ ، ^(٩) فَأَشْبَهَ الْعَامِلَ وَالْمَوْلَفَ ، فَأَمَّا أَهْلُ سَائِرِ السُّهُمَانِ ،
 فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فَقْرُ مَنْ يَأْخُذُ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا ، دُونَ مَنْ يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا إِلَيْهِ ^(١٠) . فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ،
 فَمَنْ قَالَ ، إِنَّهُ يُرِيدُ الْعَزْوَ . قَبْلَ قَوْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ عَلَى نَيْتِهِ ^(١١) ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ
 قَدْرُ كِفَايَتِهِ لِمُونَتِهِ وَشِرَاءِ السَّلَاحِ وَالْفَرَسِ إِنْ كَانَ فَارِسًا ، وَحُمُولَتِهِ وَدِرْعِهِ وَلِبَاسِهِ ^(١٢)
 وَسَائِرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِعَزْوِهِ ، وَإِنْ كَثُرَ ذَلِكَ ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ دَفْعًا مُرَاعَى ، فَإِنْ لَمْ يَغْزِرْهُ ؛
 لِأَنَّهُ أَخَذَهُ كَذَلِكَ ، وَإِنْ غَزَاوَعَادَ ، فَقَدْ مَلَكَ مَا أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّنَا دَفَعْنَا إِلَيْهِ قَدْرَ الْكِفَايَةِ ،
 وَإِنَّمَا ضَيَّقَ عَلَى نَفْسِهِ . وَإِنْ مَضَى إِلَى الْعَزْوِ ، فَرَجَعَ مِنَ الطَّرِيقِ ، أَوْ لَمْ يُتِمَّ الْعَزْوَ الَّذِي
 دُفِعَ إِلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ ، رَدَّ مَا فَضَّلَ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَخَذَ لِأَجْلِهِ لَمْ يَفْعَلْهُ كُلَّهُ .

فصل : وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ هَذَا السَّهْمَ الْغَزَاةُ الَّذِينَ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الدِّيَّانِ ، وَإِنَّمَا
 يَتَطَوَّعُونَ بِالْعَزْوِ إِذَا نَشِطُوا . قَالَ أَحْمَدُ : وَيُعْطَى ثَمَنُ الْفَرَسِ ، وَلَا يَتَوَلَّى مُخْرَجُ الزَّكَاةِ
 شِرَاءَ الْفَرَسِ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ إِيثَاءَ الزَّكَاةِ ، فَإِذَا اشْتَرَاهَا بِنَفْسِهِ ، فَمَا أُعْطِيَ إِلَّا
 فَرَسًا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي شِرَاءِ السَّلَاحِ وَالْمُونَةِ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : إِنْ دَفَعَ ثَمَنَ
 الْفَرَسِ وَثَمَنَ السَّيْفِ ، فَهُوَ أَعْجَبُ إِلَيَّ ، وَإِنْ اشْتَرَاهُ هُوَ ، رَجَوْتُ أَنْ يُجْزِيَهُ . وَقَالَ

(٦) تقدم تخريجه في : ١٠٩ / ٤ .

(٧) في ١ ، م : « فيها » .

(٨) في ١ ، ب ، م زيادة : « لِحاجته إليها دون أن يأخذ » .

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) في النسخ : « بينته » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١١) في ب ، م : « وأثاته » .

أَيْضاً : يَشْتَرِي الرَّجُلُ مِنْ زَكَاتِهِ الْفَرَسَ ، وَيَحْمِلُ عَلَيْهِ^(١٢) ، وَالْقَنَاءَ ، وَيُجَهِّزُ الرَّجُلَ ؛
وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَدْ^(١٣) صَرَفَ الزَّكَاةَ / فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ دَفَعَهَا إِلَى الْغَايَةِ فَاشْتَرَى
بِهَا . قَالَ : وَلَا يَشْتَرِي مِنَ الزَّكَاةِ فَرَسًا يَصِيرُ حَبِيسًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَلَا دَارًا ، وَلَا ضَيْعَةً
يُصِيرُهَا^(١٤) فِي سَبِيلِ اللَّهِ^(١٥) لِلرِّبَاطِ ، وَلَا يَقْفُهَا عَلَى الْمُجَاهِدِينَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْتِ الزَّكَاةَ
لِأَحَدٍ ، وَهُوَ مَأْمُورٌ بِإِتْيَانِهَا . قَالَ : وَلَا يَغْزُو الرَّجُلُ عَلَى الْفَرَسِ الَّذِي أَخْرَجَهُ مِنْ زَكَاةِ
مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ نَفْسَهُ مَصْرُفًا لَزَكَاتِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَقْضَى بِهَا دَيْنُهُ ، وَمَتَى
أَخَذَ الْفَرَسَ الَّتِي اشْتَرَيْتَ بِمَالِهِ ، صَارَ مَصْرُفًا لَزَكَاتِهِ .

١٠٩٤ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَيُعْطَى أَيْضًا فِي الْحَجِّ ، وَهُوَ مِنْ^(١) سَبِيلِ اللَّهِ)

وَيُرَوَّى هَذَا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ ، الْحَجُّ مِنْ^(٢) سَبِيلِ اللَّهِ . وَهُوَ قَوْلُ
إِسْحَاقَ ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ رَجُلًا جَعَلَ نَاقَةً لَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَأَرَادَتْ أَمْرَاتُهُ الْحَجَّ ، فَقَالَ لَهَا
النَّبِيُّ ﷺ : « ارْكَبِيهَا ، فَإِنَّ الْحَجَّ مِنْ^(٣) سَبِيلِ اللَّهِ » . (رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِمَعْنَاهُ^(٤)) .
وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يَصْرِفُ مِنْهَا فِي الْحَجِّ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،
وَاللَّيْثُ^(٥) ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَهَذَا أَصَحُّ ؛
لِأَنَّ سَبِيلَ اللَّهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ إِنَّمَا يَنْصَرَفُ إِلَى الْجِهَادِ ، فَإِنَّ كُلَّ مَا فِي الْقُرْآنِ (مِنْ ذِكْرِ^(٦))
سَبِيلِ اللَّهِ ، إِنَّمَا أُرِيدَ بِهِ الْجِهَادُ ، إِلَّا الْيَسِيرَ ، فَيَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ مَا فِي هَذِهِ الْآيَةِ عَلَى

(١٢) فِي ب : عَلَيْهِ .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٤-١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(١) فِي أ ، ب : فِي .

(٢) فِي ب ، م : فِي .

(٣-٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م . وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْعُمْرَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ

٤٥٩ / ١ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٥-٦) فِي أ : فِي .

ذلك ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ إِرَادَتُهُ بِهِ ، وَلأنَّ الزَّكَاةَ إِنَّمَا تُصَرَّفُ إِلَى أَحَدِ رَجُلَيْنِ ، مُحْتَاجٍ إِلَيْهَا ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ لِقَضَاءِ دُيُونِهِمْ ، أَوْ مَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ ، كَالْعَامِلِ وَالْغَازِيِ وَالْمُؤَلِّفِ وَالْغَارِمِ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ . وَالْحَجُّ مِنَ الْفَقِيرِ لَا نَفْعَ لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ ، وَلَا حَاجَةَ بِهِمْ إِلَيْهِ ، وَلَا حَاجَةَ بِهِ أَيْضًا إِلَيْهِ ، لأنَّ الْفَقِيرَ لَا فَرَضَ عَلَيْهِ فَيُسْقِطُهُ ، وَلَا مَصْلَحَةَ لَهُ فِي إِجَابَةِ عَلَيْهِ ، وَتَكْلِيفُهُ مَشَقَّةٌ قَدْ رَفَّهَهُ اللَّهُ مِنْهَا ، وَخَفَّفَ عَنْهُ إِجَابَتَهَا ، وَتَوْفِيرُ هَذَا الْقَدْرِ عَلَى ذَوِي الْحَاجَةِ مِنْ سَائِرِ الْأَصْنَافِ ، أَوْ دَفْعُهُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ / أَوَّلَى . وَأَمَّا الْخَبْرُ فَلَا يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ الْحَجُّ مِنْ ^(٦) سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمَرَادُ بِالْآيَةِ غَيْرُهُ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى مَنْ أَرَادَ الْحَجَّ ، لَكُونِهِ ابْنَ سَبِيلٍ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ابْنَ السَّبِيلِ الْمُسَافِرُ الْمُتَفَقِّطُ بِهِ ، وَمَنْ ^(٧) هُوَ مُحْتَاجٌ إِلَى السَّفَرِ ، وَلَا حَاجَةَ بِهَذَا إِلَى هَذَا السَّفَرِ . فَإِنْ قُلْنَا : يُدْفَعُ فِي الْحَجِّ مِنْهَا . فَلَا يُعْطَى إِلَّا بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ لَيْسَ لَهُ مَا يَحُجُّ بِهِ سِوَاهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَبْدٍ ، وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سِوَى » ^(٨) . وَقَالَ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَبْدٍ ، إِلَّا لِخَمْسَةٍ » ^(٩) . وَلَمْ يَذْكُرِ الْحَاجَّ مِنْهُمْ . وَلأنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِهِ ، لَا ^(١٠) لِحَاجَةِ الْمُسْلِمِينَ إِلَيْهِ ^(١١) ، فَاعْتَبِرَتْ فِيهِ الْحَاجَةُ ، كَمَنْ يَأْخُذُهَا ^(١٢) لَفَقْرِهِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَأْخُذَهَا ^(١٣) لِحَاجَةِ الْفَرَضِ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لأنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِسْقَاطِ قَرْضِهِ وَإِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ ، أَمَّا التَّطَوُّعُ فَلَهُ مَنَدُوحَةٌ عَنْهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُ ذَلِكَ فِي الْفَرَضِ وَالتَّطَوُّعِ مَعًا . وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ

(٦) فِي ب : هـ فِي هـ .

(٧) فِي م : هـ أَوْ مِنْ هـ .

(٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٤ / ١٠٩ .

(٩) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٤ / ١٠٣ .

(١٠) فِي ب : هـ وَلَا هـ .

(١١) سَقَطَ مِنْ ب .

(١٢) فِي الْأَصْلِ ، م : هـ يَأْخُذُ هـ .

(١٣) فِي ب ، م : هـ يَأْخُذُ هـ .

الْخَرْقَى ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مِنْ^(١٤) سَبِيلِ اللَّهِ ، وَلِأَنَّ الْفَقِيرَ لَا فَرَضَ عَلَيْهِ ، فَالْحَجَّةُ مِنْهُ كَالْتَطَوُّعِ ، فَعَلِيَ هَذَا يَجُوزُ أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ ، مَا يَحُجُّ بِهِ حَجَّةٌ كَامِلَةٌ ، وَمَا يُعْنِيهِ فِي حَجِّهِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحُجَّ مِنْ زَكَاةٍ نَفْسِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَغْزُوَ بِهَا .

١٠٩٥ - مسألة ؛ قال : (وابنُ السَّيِّلِ ، وَهُوَ الْمُنْقَطِعُ بِهِ ، وَلَهُ الْيَسَارُ فِي بَلَدِهِ ، فَيُعْطَى مِنَ الصَّدَقَةِ مَا يُلْغُهُ)

ابنُ السَّيِّلِ : هُوَ الصَّنْفُ الثَّامِنُ مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ . وَلَا خِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِهِ وَبَقَاءِ سَهْمِهِ ، وَابْنُ السَّيِّلِ هُوَ الْمُسَافِرُ الَّذِي لَيْسَ لَهُ مَا يَرْجِعُ بِهِ إِلَى بَلَدِهِ ، وَلَهُ الْيَسَارُ فِي بَلَدِهِ ، فَيُعْطَى مَا يَرْجِعُ بِهِ . وَهَذَا قَوْلُ قَتَادَةَ . وَنَحْوُهُ قَوْلُ^(١) مَالِكٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : هُوَ الْمُجْتَازُ^(٢) ، وَمَنْ يَرِيدُ إِثْنَاءَ السَّفَرِ إِلَى بَلَدٍ أَيْضًا ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِمَا مَا يَحْتَاجَانِ إِلَيْهِ لَذَاهِبِهِمَا وَعَوْدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ السَّفَرَ لغيرِ مَعْصِيَةٍ ، فَأَشْبَهَ / الْمُجْتَازَ . وَنَحْنُ ، أَنَّ ابْنَ السَّيِّلِ هُوَ الْمُتْلِزِمُ لِلطَّرِيقِ الْكَائِنِ فِيهَا ، كَمَا يَقَالُ : وَلَدُ اللَّيْلِ . لِلَّذِي يُكْثِرُ الْخُرُوجَ فِيهِ ، وَالْقَاطِنُ فِي بَلَدِهِ لَيْسَ فِي طَرِيقٍ ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْكَائِنِ فِيهَا ، وَلِهَذَا لَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ السَّفَرِ بِهِمْ بِهِ^(٣) دُونَ فِعْلِهِ^(٤) ، وَلِأَنَّهُ لَا يُفْهَمُ مِنْ ابْنِ السَّيِّلِ إِلَّا الْغَرِيبَ دُونَ مَنْ هُوَ فِي وَطَنِهِ وَمَنْزِلِهِ ، وَإِنْ انْتَهَتْ بِهِ الْحَاجَةُ مُتْنَهَا ، فَوَجَبَ أَنْ يُحْمَلَ الْمَذْكُورُ فِي الْآيَةِ عَلَى الْغَرِيبِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا يُعْطَى وَلَهُ الْيَسَارُ فِي بَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْوُصُولِ إِلَيْهِ ، وَالِانْتِفَاعِ بِهِ ، فَهُوَ كَالْمَعْدُومِ فِي حَقِّهِ . فَإِنْ كَانَ ابْنُ السَّيِّلِ فَقِيرًا فِي بَلَدِهِ ، أُعْطِيَ لِفَقْرِهِ وَكَوْنِهِ^(٥) ابْنَ سَبِيلٍ^(٦) ، لَوْجُودِ الْأَمْرَيْنِ فِيهِ ، وَيُعْطَى لِكَوْنِهِ ابْنَ سَبِيلٍ قَدَرًا مَا

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « فِي » .

(١) فِي ١ ، م : « قَالَ » .

(٢) فِي النِّسْخِ : « الْمُخْتَارُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤) فِي ب : « مِثْلُهُ » .

(٥) فِي ١ ، ب : « وَلِكُونِهِ » .

(٦) فِي م : « السَّبِيلُ » .

يُوصَلُّهُ إِلَى بَلَدِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ ، فَتُقَدَّرُ بِقَدْرِهِ ، وَتُدْفَعُ إِلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فِي بَلَدِهِ إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى مَالِهِ ، فَصَارَ كَالْمَعْدُومِ . وَإِنْ فَضَّلَ مَعَهُ شَيْءٌ بَعْدَ رُجُوعِهِ إِلَى بَلَدِهِ رَدَّهُ ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ لِلْحَاجَةِ ، وَقَدْ حَصَلَ الْغِنَى بَدُونِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَخَذَ لِعَزْوٍ فَلَمْ يَعْزُ . وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا ، أَوْ اتَّصَلَ بِسَفَرِهِ الْفَقْرُ ، أَخَذَ الْفَضْلَ لِفَقْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ فَاتَ الْاِسْتِحْقَاقُ بِكَوْنِهِ ابْنَ سَبِيلٍ ، حَصَلَ الْاِسْتِحْقَاقُ بِجِهَةِ أُخْرَى . وَإِنْ كَانَ غَارِمًا ، أَخَذَ الْفَضْلَ لِعُثْمِهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ ابْنُ السَّبِيلِ مُحْتَاجًا يَرِيدُ بَلَدًا غَيْرَ بَلَدِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَجُوزُ أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ مَا يَكْفِيهِ فِي مُضِيِّهِ إِلَى مَقْصِدِهِ وَرُجُوعِهِ إِلَى بَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِعَانَةٌ عَلَى السَّفَرِ الْمُبَاجِ ، وَبَلُوغِ الْغَرَضِ الصَّحِيحِ ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ كَوْنُ السَّفَرِ مُبَاحًا ، إِمَّا قُرْبَةً كَالْحَجِّ وَالْجِهَادِ وَزِيَارَةِ الْوَالِدَيْنِ ، أَوْ مُبَاحًا كَطَلَبِ الْمَعَاشِ وَالتَّجَارَاتِ . فَأَمَّا الْمَعْصِيَةُ فَلَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَيْهَا ، وَتَسَبُّبٌ إِلَيْهَا ، فَهُوَ كِفْعَلُهَا ، فَإِنَّ وَسِيلَةَ الشَّيْءِ جَارِيَةٌ مَجْرَاهُ . وَإِنْ كَانَ السَّفَرُ / لِلتَّزْيَةِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُدْفَعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْصِيَةٍ . وَالثَّانِي ، لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى هَذَا السَّفَرِ . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ لِلْسَّفَرِ إِلَى غَيْرِ بَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَازَ ذَلِكَ لَجَازَ لِلْمُنْشِئِ لِلْسَّفَرِ مِنْ بَلَدِهِ ، وَلَئِنْ هَذَا السَّفَرُ إِنْ كَانَ لِحِجَابٍ ، فَهُوَ يَأْخُذُ لَهُ ^(٨) مِنْ سَهْمٍ فِي ^(٩) سَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِنْ كَانَ حَاجًا فَغَيْرُهُ أَهَمُّ مِنْهُ . وَإِذَا لَمْ يَجْزِ الدَّفْعُ فِي هَذَيْنِ ، فَقَسَى غَيْرُهُمَا أَوْلَى . وَإِنَّمَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِلرُّجُوعِ إِلَى بَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ تَدْعُو حَاجَتُهُ إِلَيْهِ ^(١٠) وَلَا غِنَى بِهِ عَنْهُ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا حَاقٌ غَيْرُهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ ، فَلَا يَجُوزُ قِيَاسُهُ عَلَيْهِ ، وَلَا نَصٌّ فِيهِ ، فَلَا يَنْبَغُ جَوَازُهُ لِعَدَمِ النَّصِّ وَالْقِيَاسِ .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : ١ ، ب .

(٩) سقط من : ١ ، م .

(١٠) سقط من : م .

فصل : وإذا ادَّعى الرجلُ أنه ابنُ سَبِيلٍ ^(١١) ، ولم يُعرَفْ ذلك ، لم يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ . وإن ادَّعى الحاجة ، ولم يكنْ عُرِفْ له مالٌ في مكانه الذى هو به ، قُبِلَ قوله من غير بَيِّنَةٍ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُهُ معه . وإن عُرِفَ له مالٌ في مكانه ، لم تُقْبَلْ دَعْوَاهُ للفقْرِ إِلَّا بَيِّنَةٌ ، كما لو ادَّعى إنسانُ المَسْكَنَةَ .

فصل : وجملةُ مَنْ يأخذُ مع الغنى خَمْسَةً ؛ العاملُ ، والمُؤَلَّفُ قلبه ، والغازي ، والغارِمُ لإصلاحِ ذاتِ البَيْنِ ، وابنُ السَّبِيلِ الذى له اليسارُ في بلده . وخَمْسَةٌ لا يُعْطَوْنَ إِلَّا مع الحاجة ؛ الفقيرُ ، والمُسْكِينُ ، والمُكَاتِبُ ، والغارِمُ ^(١٢) لمصلحةِ نفسه ^(١٣) في مُباحٍ ، وابنُ السَّبِيلِ . وأربعةٌ يأخذونَ أَخْذاً مُسْتَقَرًّا ، لا يُلْزَمُهُمْ رَدُّ شَيْءٍ بِحَالٍ ؛ الفقيرُ ، والمُسْكِينُ ، والعاملُ ، والمُؤَلَّفُ . وأربعةٌ يأخذونَ أَخْذاً غيرَ مُسْتَقَرٍّ ؛ المُكَاتِبُ ، والغارِمُ ، والغازي ، وابنُ السَّبِيلِ .

فصل : وَمَنْ سافرَ لِمَعْصِيَةٍ ، فأرادَ الرجوعَ إلى بلده ، لم يُدْفَعْ إليه ، ما لم يُتَبَّ . فإن تاب ، اِخْتَمَلَ جوازُ الدفعِ إليه ؛ لأنَّ رُجُوعَهُ ليس بِمَعْصِيَةٍ ، فَأَشْبَهَ رُجُوعَ غَيْرِهِ ، بل رُبَّمَا كانَ رُجُوعُهُ إلى بلده تَرْكًا لِلْمَعْصِيَةِ ، وإقلاعا / عنها ، كالعاقِ يُرِيدُ الرجوعَ إلى أبويه ، والفارِّ من غريمِهِ أو امرأَتِهِ ^(١٤) يريِدُ الرجوعَ إليهما . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يُدْفَعَ إليه ؛ لأنَّ سَبَبَ ذلكِ الْمَعْصِيَةُ ، فَأَشْبَهَ الغارِمَ في الْمَعْصِيَةِ .

١٠٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُعْطَى لِكُلِّ هَؤُلَاءِ الْأَصْنَافِ ، وَإِنْ كَانُوا مَوْجُودِينَ ، إِنَّمَا عَلَيْهِ أَنْ لَا يُجَاوِزَهُمْ ^(١))

وذلكَ لِأَنَّ الْآيَةَ إِنَّمَا سَيَقَتْ لِبَيَانِ مَنْ يَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَيْهِ ، لا لِإِجَابِ الصَّرْفِ إِلَى

(١١) في م : السبيل .

(١٢-١٣) في ب : لمصلحته .

(١٣) في أ : وامرأته .

(١) في ب : يتجاوزهم .

الجميع ، بدليل أنه لا يجب تغميم كل صنف بها . وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفها إلى صنف واحد ، فقال سبحانه : ﴿ إِن تَبَدُّواْ لِّلصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهُآ الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ ^(٢) . وقال النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى اليمن : « أَعْلِمُهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ ، فَتُرَدُّ فِي فَقَرَائِهِمْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . فلم يذكُر في الآية ولا في ^(٤) الخبر إلا صنفًا واحدًا . وقال النبي ﷺ لَقَبِيصَةَ حِينَ تَحْمَلُ حِمَالَةً : « أَمِّمْ يَا قَبِيصَةُ ، حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ ، فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا » ^(٥) . فذكر دفعها إلى صنف واحد ^(٦) ، وهو من الغارمين . وأمر بنى زريق بدفع صدقاتهم إلى سلمة بن صخر . رواه أبو داود ^(٧) . وهو شخص واحد . وبعث إليه علي رضي الله عنه بذهنية في ثريتها ، فقسمها بين المولفة قلوبهم ^(٨) ، وهم صنف واحد . والآثار في هذا كثيرة ، تدل على أن النبي ﷺ لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها إلى جميع الأصناف ، ولا تغميمهم بها ، بل كان يدفعها إلى مَنْ تيسر من أهلها ، وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه ، إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ شاةٌ ، أو صاعٌ من البرِّ ، أو نصف مثقال ، أو خمسة دراهم ، دفعها إلى ثمانية عشر نفسًا ، أو أحدًا وعشرين ، أو أربعة وعشرين / نفسًا ، من ثمانية أصناف ، لكل ثلاثة منهم ثمنها ، والغالب تعدُّ وجودهم في الإقليم العظيم ، وعجزُ السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرة إليهم على هذا الوجه ، فكيف يكلف الله سبحانه وتعالى كل مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ زكاةٌ جمعهم

(٢) سورة البقرة ٢٧١ .

(٣) تقدم تخريجه في : ١ / ٢٧٥ ، ٤ / ٥ .

(٤) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٥) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٩ .

(٦) سقط من : م .

(٧) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥١٣ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ٢ / ١٦٣ ، ١٦٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٣٧ .

(٨) تقدم تخريجه في : ٤ / ١٢٨ .

وإعطاءهم ، وهو سبحانه القائل : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ ^(٩) .
 وقال : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ ^(١٠) . وقال : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ ^(١١) . وأظنُّ مَنْ قال بوجوب دفعها على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه ، ^(١٢) ولا يفعله ^(١٣) ، ولا يقدر على فعله ، وما بلغنا أنَّ النَّبِيَّ ﷺ فعل هذا في صدقة من الصدقات ، ولا أحدًا من خلفائه ، ولا من صحابته ، ولا غيرهم ، ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه ، ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أهمل ، إذ لا يجوز على أهل التوابع إهمال نقل ما تدعو الحاجة إلى نقله ، سيما مع كثرة مَنْ تجب عليه الزكاة ، ووجود ذلك في كلِّ زمان ، وفي كلِّ ^(١٤) مصر ^(١٥) ، وهذا أمر ظاهر ، وقد سبقت هذه المسألة والكلام ^(١٦) فيها فيما تقدّم ^(١٧) .

فصل : ويستحبُّ تفريقها ^(١٨) على ما أمكن من الأصناف ، ليخرج من الخلاف ، وتعميم مَنْ ^(١٩) أمكن من كلِّ صنف . فإن كان المتولَّى لتفريقها الساعي ، استحبَّ إحصاء أهل السهمان من عمله ، حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تنأهى أسمائهم ، وأنسابهم ، وحاجاتهم ، وقدر كفاياتهم ، لتكون تفرقة عقيب جمع الصدقة . ويبدأ بإعطاء العامل ؛ لأنه يأخذ على طريق المعاوضة ، فكان استحقاقه

(٩) سورة الحج ٧٨ .

(١٠) سورة البقرة ١٨٥ .

(١١) سورة البقرة ٢٨٦ .

(١٢-١٣) سقط من : م .

(١٣) في الأصل ، ا ، ب : د وكل ، .

(١٤) في ا : د عصر ، .

(١٥) سقطت الواو من : م .

(١٦) في : ٤ / ١٢٧-١٣١ .

(١٧) في ب ، م : د تقديمها ، .

(١٨) في ب : د ما ، .

أَقْوَى ، ولذلك إِذَا عَجَزَتِ الصَّدَقَةُ عَنْ أَجْرِهِ ، ثُمَّ لَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، وَلَآنَ مَا يَأْخُذُهُ أَجْرٌ . وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ » ^(١٩) . ثُمَّ بِالْأَهَمِّ فَالْأَهَمُّ ، وَأَهْمُهُمْ أَشَدُّهُمْ ^(٢٠) حَاجَةً ، فَإِنْ كَانَتِ الصَّدَقَةُ تَقْضِي بِحَاجَةِ / جَمِيعِهِمْ ، أُعْطِيَ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ قَدْرَ مَا يَذْفَعُ بِهِ حَاجَتَهُ ، فَيُعْطَى الْفَقِيرُ مَا يُغْنِيهِ ، وَهُوَ مَا تَخْصُلُ لَهُ بِهِ الْكَفَايَةُ فِي عَامِهِ ذَلِكَ ، لَهُ وَلِعِيَالِهِ ، وَيُعْطَى الْمَسْكِينُ مَا تَتِمُّ بِهِ الْكَفَايَةُ ، إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ مِنَ الذَّهَبِ أَوْ الْوَرَقِ ^(٢١) ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ؛ يُعْطِيهِ ^(٢٢) مَا تَتِمُّ بِهِ الْكَفَايَةُ ، وَالثَّانِيَةِ ، لَا يَزِيدُهُ ^(٢٣) عَلَى خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، أَوْ قِيمَتِهَا مِنَ الذَّهَبِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عِيَالٌ ، فَيَذْفَعُ إِلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، وَيَذْفَعُ إِلَى الْعَامِلِ قَدْرَ أَجْرِهِ ، وَإِلَى الْغَارِمِ مَا يَقْضِي بِهِ غَرْمَهُ ، وَإِلَى الْمُكَاتِبِ مَا يُوفِي ^(٢٤) كِتَابَتَهُ ، وَالْغَارِي يُعْطَى مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمُؤْنَةِ غَزْوِهِ ، وَابْنُ السَّبِيلِ مَا يُتْلَفُهُ إِلَى بَلَدِهِ . وَإِنْ نَقَصَتِ الصَّدَقَةُ عَنْ كِفَايَتِهِمْ ، فَرَفَقَ فِيهِمْ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَنْقُصَ مِنْ كُلِّ صَنِيفٍ عَنْ أَقْلٍ مِنْ ثَلَاثَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْلُ الْجَنَحِ ، إِلَّا الْعَامِلُ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ وَاحِدًا . وَإِنْ فَضَلَتِ الصَّدَقَةُ عَنْ كِفَايَتِهِمْ ، نَقَلَ الْفَاضِلَ إِلَى أَقْرَبِ الْبِلَادِ إِلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُتَوَلَّى لَتَفْرِيقِهَا رُبُّهَا ، فَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَبْدَأَ بِأَهْلِهَا مِنْ أَهْلِهِ ، وَيُفَرِّقُهَا فِي الْأَهَمِّ فَالْأَهَمِّ ، وَهُوَ مَنْ اشْتَدَّتْ حَاجَتُهُ ، وَقَرَّبَ مِنْهُ نَسَبُهُ ، وَيُعْطَى مَنْ أَمَكَّنَهُ .

فصل : وَإِنْ اجْتَمَعَ فِي وَاحِدٍ سَبَبَانِ ، يَجُوزُ الْأَخْذُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَفَرِّدًا ، كَالْفَقِيرِ الْغَارِمِ ، أُعْطِيَ بِلَهُمَا جَمِيعًا ، فَيُعْطَى مَا يَقْضِي ^(٢٥) غَرْمَهُ ، ثُمَّ يُعْطَى مَا يُغْنِيهِ ؛ لِأَنَّ

(١٩) تقدم تخريجه في : ٨ / ١٧ .

(٢٠) في م : « أشد » .

(٢١) في ا ، ب : « والورق » .

(٢٢) سقط من : ب .

(٢٣) في م : « يزيد » .

(٢٤) في م نهادة : « به » .

(٢٥) في نهادة : « به » .

الشَّخْصَ الَّذِي فِيهِ الْمَعْنَيَانِ كَشَخْصَيْنِ ، وَجِدَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَحَدَ الْمَعْنَيْنِ ،
فَيَسْتَحِقُّ بَهِمَا كَالْمِيرَاثِ لِابْنِ عَمٍّ هُوَ زَوْجٌ أَوْ أَخٌ مِنْ أُمٍّ ، وَلَوْ أَوْصَى لِقَرَاتِهِ وَلِلْفُقَرَاءِ ،
اسْتَحَقَّ الْقَرِيبُ الْفَقِيرُ سَهْمَيْنِ .

١٠٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُعْطَى مِنَ الصَّدَقَةِ لِبْنِي هَاشِمٍ)

وَلَا لِمَوَالِيهِمْ ، وَلَا لِلوَالِدَيْنِ وَإِنْ عَلَوْا ، وَلَا لِلْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ . وَلَا لِلزَّوْجِ ، وَلَا
لِلزَّوْجَةِ ، وَلَا لِمَنْ تَلَزَّمَهُ مُوْتَنُهُ ، وَلَا لِكَافِرٍ ، وَلَا لِمَمْلُوكٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونُوا / مِنَ الْعَامِلِينَ
عَلَيْهَا^(١) ، فَيُعْطُونَ بِحَقِّ مَا عَمِلُوا ، وَلَا لِعَنْيٍّ ، وَهُوَ الَّذِي يَمْلِكُ خَمْسِينَ دِرْهَمًا أَوْ قِيمَتَهَا
مِنَ الذَّهَبِ . هَذِهِ الْمَسَائِلُ قَدْ تَكَرَّرَتْ^(٢) ، وَذَكَرْنَا شَرْحَهَا فِي بَابِ الزَّكَاةِ^(٣) ، بِمَا أَغْنَى
عَنْ إِعَادَتِهِ هَهُنَا .

١٠٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَوَلَّى الرَّجُلُ إِخْرَاجَ زَكَاتِهِ ، سَقَطَ
الْعَامِلُونَ^(١))

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَامِلَ إِنَّمَا يَأْخُذُ أَجْرَ عَمَالَتِهِ ، فَإِذَا أَخْرَجَ الرَّجُلُ زَكَاتَهُ نَفْسِهِ ، لَمْ يَكُنْ ثُمَّ
عَامِلًا عَلَيْهَا ، وَلَا مَنْ يَسْتَحِقُّ أَجْرًا ، فَيَسْقُطُ^(٢) سَهْمُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فِي جَوَائِزِ السُّلْطَانِ ، كَانَ الْإِمَامُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ ، يَتَوَرَّعُ
عَنْهَا ، وَيَمْنَعُ بَيْنَهُ وَعَمَّهُ مَنْ أَخَذَهَا ، وَهَجَرَهُمْ حِينَ قَبِلُوهَا ، وَسَدَّ الْأَبْوَابَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ حِينَ
أَخَذُوهَا ، وَلَمْ يَكُنْ يَأْكُلُ مِنْ بَيُوتِهِمْ شَيْئًا ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِشَيْءٍ يُصْنَعُ عِنْدَهُمْ . وَأَمَرَهُمْ

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) في ب : « كُرِّرَتْ » .

(٣) في : ٤ / ٩٨ - ١٢٧ .

(١) في ا : « الْعَامِلُ » .

(٢) في الأصل ، ب : « فَسَقَطَ » .

بالصَّدَقَةِ بما أَخَذُوهُ . وَإِنَّمَا فَعَلَ ذَلِكَ ، لِأَنَّ أُمُوالَهُمْ تَحْتَطِطُ بما يَأْخُذُونَهُ مِنَ الْحَرَامِ مِنَ الظُّلْمِ وَغَيْرِهِ ، فَيَصِيرُ شُبُهَةً ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « الْحَلَالُ بَيْنَ ، وَالْحَرَامُ بَيْنَ ، وَبَيْنَ ذَلِكَ أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ ، لَا يَعْلَمُهَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ ^(٣) اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ ، وَمَنْ وَقَعَ الشُّبُهَاتِ ^(٤) أَوْشَكَ أَنْ يَقَعَ فِي الْحَرَامِ ، كَالرُّائِعِ حَوْلَ الْحِمَى ، يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ » ^(٥) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « دَغَ مَا يُرِيكَ إِلَى مَا لَا يُرِيكَ » ^(٥) . وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ بِأَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ تَنَزَّهُوا عَنْ مَالِ السُّلْطَانِ ؛ مِنْهُمْ حُذَيْفَةُ ، وَأَبُو عُبَيْدَةَ ، وَمَعَاذُ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ ، وَابْنُ عَمْرٍ . وَلَمْ يَرَأِ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ذَلِكَ حَرَامًا ؛ فَإِنَّهُ سُئِلَ ، فَقِيلَ لَهُ : مَالُ السُّلْطَانِ حَرَامٌ ؟ فَقَالَ : لَا ، وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَتَنَزَّهَ عَنْهُ . وَفِي رِوَايَةٍ قَالَ : لَيْسَ أَحَدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا وَلَهُ فِي هَذِهِ الدَّرَاهِمِ حَقٌّ ، فَكَيْفَ أَقُولُ إِنَّهَا سُحْتٌ ؟ وَقَدْ كَانَ الْحَسَنُ ، وَالْحُسَيْنُ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ ، وَكَثِيرٌ مِنَ الصَّحَابَةِ ، يَقْبَلُونَ جَوَائِزَ مُعَاوِيَةَ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا بَأْسَ بِجَوَائِزِ / السُّلْطَانِ ، مَا يُعْطِيكُمْ مِنَ الْحَلَالِ أَكْثَرُ مِمَّا يُعْطِيكُمْ مِنَ الْحَرَامِ ^(٦) . وَقَالَ : لَا تَسْأَلُ السُّلْطَانَ شَيْئًا ، فَإِنْ أَعْطَاكَ فَخُذْ ؛ فَإِنْ مَا فِي بَيْتِ الْمَالِ مِنَ الْحَلَالِ أَكْثَرُ مِمَّا فِيهِ مِنَ الْحَرَامِ ^(٦) . وَرَوَى ^(٧) عُمَرُ بْنُ شُبَّةَ ^(٨) التَّمِيمِيُّ ^(٩) فِي « كِتَابِ الْقَضَاءِ » أَنَّ الْحَسَنَ ، وَابْنَ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيَّ ، دَخَلُوا عَلَى عُمَرَ بْنِ هُبَيْرَةَ ، فَأَمَرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ^(١٠) أَلْفِ دِرْهَمٍ ^(١٠) ، وَأَمَرَ لِلْحَسَنِ بِأَلْفِي دِرْهَمٍ ، فَقَبِضَ

٢٣٥/٦ و

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٧٢ .

(٥) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٧٣ .

(٦) ذكره صاحب كنز العمال ٤ / ٥٨٤ ، عن ابن جرير ووكيع .

وقد سبق في : ٢ / ٢٩٧ .

(٧) في الزيادة : « عن » .

(٨) في النسخ : « شيبه » .

(٩) في م : « البحرى » .

وهو عمر بن زهد (شبة) بن عبدة التميمي ، المؤرخ المحدث ، توفي سنة أربع وستين ومائتين . تاريخ التراث العربي

٢ / ٢٠٥ - ٢٠٧ .

(١٠-١٠) سقط من : م .

الحسنُ جائِزته ، وأبى ابنُ سيرين أن يَقْبِضَ ، فقال لابنُ سيرين : مالك لا تَقْبِضُ ؟ قال : حتى يَعمَ الناسُ . فقال الحسنُ : والله لو عَرَضَ لَكَ ولى لَصُ ، فَأَخَذَ رِدَائِي وِرْدَاءَكَ ، ثم بَدَّاهُ أن يَرُدُّ عَلَيَّ رِدَائِي ، كنت أقول : لا أَقْبَلُ رِدَائِي حتى تُرَدُّ عَلَيَّ ابنُ سيرين رِدَاءَهُ ؟ كنتُ أُحِبُّ أن تكونَ أُمَّنتُ يا ابنُ سيرين . ولأنَّ جَوَائِزَ السُّلْطَانِ لها وَجْهَةٌ في الإِبَاحَةِ والتَّحْلِيلِ ، فَإِنَّ لَهُ جِهَاتٍ كَثِيرَةً مِنَ الْفَنَى وَالصَّدَقَةِ وَغَيْرِهَا .

فصل : وقال أحمد^(١١) : جَوَائِزُ السُّلْطَانِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ الصَّدَقَةِ . يعنى أَنَّ الصَّدَقَةَ أَوْسَاخُ النَّاسِ ، صَبَّحَ عَنْهَا النَّبِيُّ ﷺ وَآلُهُ ، لَدَنَاءَتِهَا ، وَلَمْ يُصَانُوا عَنْ جَوَائِزِ السُّلْطَانِ . وَسُئِلَ أَحْمَدُ عَمَّنْ عَامَلَ السُّلْطَانَ فَرِيحَ أَلْفَا ، وَآخَرَ أَجَاوَزَهُ السُّلْطَانُ بِأَلْفٍ ، أَيُّهُمَا أَحَبُّ إِلَيْكَ ؟ قال : الْجَائِزَةُ . وذلكَ لِأَنَّ الَّذِي يَرِيحُ عَلَيْهِ^(١٢) أَلْفَا ، لَا يَرِيحُهَا فِي الْغَالِبِ إِلَّا بَنُو عَمٍّ مِنَ التَّدْلِيسِ وَالْعَبْنِ الْفَاحِشِ ، وَالْجَائِزَةُ عَطَاءٌ مِنَ الْإِمَامِ بِرِضَا^(١٣) ، لَا تَدْلِيسَ فِيهَا وَلَا عَبْنَ . وقال أحمدُ : إِذَا كَانَ بَيْنَكَ وَبَيْنَ السُّلْطَانِ رَجُلٌ . يعنى فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَخِيذِهِ مِنْهُ . وذلكَ لِأَنَّ الْوَسَائِطَ كُلَّمَا كَثُرَتْ ، قَرَبَتْ إِلَى الْحِلِّ ؛ لِأَنَّهَا مَعَ الْبُعْدِ تَتَبَدَّلُ ، وَتُخْصَلُ فِيهَا أَسْبَابٌ مُبِیْحَةٌ ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ .

(١١) في ١ ، ب نهادة : د في ٤ .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في ب نهادة : د لأنه .

/ كتاب النكاح

النكاح في الشرع : هو عقد التزويج ، فعند إطلاق لفظة ينصرف إليه ، ما لم يصرفه عنه دليل . وقال القاضي : الأشبهُ بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً ؛ لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج ، لدخوله في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾^(١) . وقيل : بل هو حقيقة في الوطء ، مجاز في العقد ، تقول العرب : أنكحنا الفراً ، فسئري . أى أضربنا فحل حُمُر الوحش أمه ، فسئري ما يتولد منهما . يضرب مثلاً للأمر يجتمعون عليه ، ثم يفرقون^(٢) عنه^(٣) . وقال الشاعر :

ومن أيّ قد أنكحنا رماحنا وأخرى على خالٍ وعمٍّ تلّهُف^(٤)

والصحيح ما قلنا ؛ لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف . وقد قيل : ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء ، إلا قوله : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾^(٥) . ولأنه يصح نفيه عن الوطء ، فيقال : هذا سِفَاح وليس نِكَاح . ويروى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « وَلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ ، لَا مِنْ سِفَاحٍ »^(٦) . ويقال . عن السريّة : ليست بزوجة ، ولا منكوحه . ولأن النكاح أحد

(١) سورة النساء ٢٢ .

(٢) في الأصل : « يفرقون » .

(٣) جمع الأمثال ٣ / ٣٧٦ .

(٤) في ب : « قد أنكحتنا » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم ، من كتاب النكاح . سنن البيهقي ٧ / ١٩٠ . وأورده =

اللفظين اللذين يتعقد بهما عقد النكاح ، فكان حقيقة فيه ، كاللفظ الآخر . وما ذكره القاضى يُفصّل إلى كون اللفظ مُشترَكاً وهو على خلاف الأصل ، وما ذكره الآخرون يدلّ على الاستعمال فى الجملة ، والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لو قدر كونه مجازاً فى العقد لكان اسماً عرفياً ، يجب صرّف اللفظ عند الإطلاق إليه ؛ لشهرته ، كسائر الأسماء العرفية .

فصل : والأصل فى مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع ؛ أمّا الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾^(٧) . الآية . وقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾^(٨) . وأمّا السنة فقول النبى ﷺ : « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّهُ أَغْضُّ لِلْبَصَرِ ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ » . مُتَّفَقٌ عليه^(٩) . فى آي وأخبار سوى ذلك كثيرة . وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع . واختلف أصحابنا فى وجوبه ؛ فالمشهور فى المذهب أنّه ليس بواجب ، إلّا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع / فى محذور بتركه ، فيلزمه إغفاف نفسه . وهذا قول عامة الفقهاء . وقال أبو بكر^(١٠) عبد العزيز : هو واجب . وحكاه عن أحمد . وحكى

٢٧٧

= الهيمى ، فى : باب فى كرامة أصله ، من كتاب علامات النبوة ، مجمع الزوائد ٨ / ٢١٤ .

(٧) سورة النساء ٣ ، ولم يرد فى ١ ، ب : ﴿ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ .

(٨) سورة النور ٣٢ .

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة ، من كتاب الصوم ، وفى : باب قول النبى ﷺ : من استطاع منكم الباءة فليتزوج ... ، وباب من لم يستطع الباءة فليصم ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٣٤ ، ٣ / ٧ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تأقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠١٨ ، ١٠١٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب التحريض على النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على محمد بن أبى يعقوب ... ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤ / ١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى فضل النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٢ . والدارمى ، فى : باب من كان عنده طول فليتزوج ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٧٨ ، ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، ٤٤٧ .

(١٠) فى م زيادة : « بن » خطأ .

عن داود أنه يجب في المُمْرِ مَرَّةً واحدةً ؛ للآية والخبر . ولنا ، أن الله تعالى حين أمر به .
 علَّقه على الاستِطابة ، بقوله سُبْحَانَهُ : ﴿ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ .
 والواجب لا يَقِفُ على الاستِطابة ، وقال : ﴿ مَثْنَى وَثِلَتَ وَرُبَاعَ ﴾ . ولا يجب ذلك
 بالاتِّفاق ، فدلَّ (١١) على أن المراد بالأمْرِ النَّذْبُ ، وكذلك الخبر يُحْمَلُ على النَّذْبِ ، أو
 على مَنْ يَحْشَى على نفسه الوقوع في المَحْظُورِ بترك النِّكاح . قال القاضي : وعلى هذا
 يُحْمَلُ كلامُ أحمدَ وأبي بكرٍ ، في إيجابِ النِّكاحِ .

فصل : والناسُ في النِّكاحِ على ثلاثة أَصْرَبٍ ؛ منهم مَنْ يخافُ على نفسه الوقوعَ في
 مَحْظُورٍ (١٢) إن تَرَكَ النِّكاحَ ، فهذا يجبُ عليه النِّكاحُ في قولِ عامَّةِ الفقهاءِ ؛ لأنَّه يَلْزِمُهُ
 إغْفافُ نفسه ، وصَوْنُهَا عن الحَرَامِ ، وطَرِيقُهُ النِّكاحُ . الثاني ، مَنْ يُسْتَحَبُّ له ، وهو
 مَنْ له شَهْوَةٌ يَأْمَنُ معها الوقوعَ في مَحْظُورٍ ، فهذا الاشتِغَالُ له (١٣) به أَوْلَى من التَّحَلُّي
 لتَوَافُلِ العِبَادَةِ . وهو قولُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وهو ظاهرُ قولِ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ،
 وَفِعْلُهُمْ . قال ابنُ مسعودٍ : لو لم يَبْقَ من أَجَلِي (١٤) إِلَّا عَشْرَةُ أَيَّامٍ ، وَأَعْلَمُ أَنِّي أَمُوتُ في
 آخِرِهَا يَوْمًا ، وَلِي طَوْلُ النِّكاحِ فِيهِنَّ ، لَتَزَوَّجْتُ مَخَافَةَ الْفِتْنَةِ . وقال ابنُ عباسٍ
 لسعيد بن جُبَيْرٍ : تَزَوَّجْ ، فَإِنَّ خَيْرَ هَذِهِ الْأُمَّةِ أَكْثَرُهَا نِسَاءً . وقال إبراهيمُ بن مَيْسَرَةَ :
 قال لي طائِفٌ : لَتَنْكِحَنَّ ، أو لَأَقُولَنَّ لك ما قال عمرُ لأبي الزَّوَائِدِ : ما يَمْنَعُكَ عن
 النِّكاحِ إِلَّا عَجْزٌ أو فُجُورٌ . قال أحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، في رِوَايَةِ المَرْوُذِيِّ : لَيْسَتْ الْعُزْبَةُ
 من أَمْرِ الإِسْلَامِ في شَيْءٍ . وقال : من دَعَاكَ إلى غَيْرِ التَّزْوِيجِ ، فَقَدْ دَعَاكَ إلى غَيْرِ
 الإِسْلَامِ ، ولو تَزَوَّجَ بَشَرٌ كان قد تَمَّ أَمْرُهُ . وقال الشافعيُّ : التَّحَلُّي لِعِبَادَةِ اللهِ تعالى

(١١) في م : (فيدل) .

(١٢) في م : (المَحْظُور) .

(١٣) سقط من : ب ، م ،

(١٤) في ب : (عمرى) .

أَفْضَلُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى مَدَحَ يَحْيَى عَلَيْهِ السَّلَامُ بِقَوْلِهِ : ﴿ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا ﴾ ^(١٥) .
 وَالْحَصُورُ : الَّذِي لَا يَأْتِي النِّسَاءَ . فَلَوْ كَانَ النِّكَاحُ أَفْضَلَ لَمَا مَدَحَ بِتَرْكِهِ . وَقَالَ اللَّهُ
 تَعَالَى : ﴿ زَيْنٌ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ ﴾ ^(١٦) . وَهَذَا فِي مَغْرَضِ
 الذَّمِّ ، وَلَئِنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَكَانَ الْاِسْتِغْفَالُ بِالْعِبَادَةِ أَفْضَلَ مِنْهُ ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، مَا
 تَقَدَّمَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَرَسُولِهِ بِهِ وَحَثِّهِمَا عَلَيْهِ ، وَقَالَ ﷺ : « وَلَكِنِّي أَصُومُ وَأُفْطِرُ ،
 وَأُصَلِّي وَأَرْقُدُ ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ / عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي » . وَقَالَ سَعْدٌ :
 لَقَدْ رَدَّ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى عَثْمَانَ بْنِ مَظْعُونٍ التَّبْتُلَ ، وَلَوْ أَحَلَّهُ لَهُ لَاخْتِصَمَيْنَا . مُتَّفَقٌ
 عَلَيْهِمَا ^(١٧) . وَعَنْ أَنَسٍ قَالَ : كَانَ النَّبِيُّ ﷺ ^(١٨) يَأْمُرُ بِالْبَاءَةِ ^(١٩) ، وَيَنْهَى عَنِ التَّبْتُلِ نَهْيًا
 شَدِيدًا ، وَيَقُولُ : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ ، فَإِنِّي مُكَائِرٌ بِكُمْ الْأَمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَوَاهُ
 سَعِيدٌ ^(٢٠) . وَهَذَا حَثٌّ عَلَى النِّكَاحِ شَدِيدٌ ، وَوَعِيدٌ عَلَى تَرْكِهِ يُقَرُّ بِهِ إِلَى الْوُجُوبِ ،

ط ٢/٧

(١٥) سورة آل عمران ٣٩ .

(١٦) سورة آل عمران ١٤ .

(١٧) الأول أخرجه البخاري ، في : باب الترغيب في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢ / ٧ .
 ومسلم ، في : باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ .
 كما أخرجه النسائي ، في : باب النهي عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٠ . والدارمي ، في : باب النهي
 عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٥٨ ، ٣ / ٢٤١ ،
 ٢٥٩ ، ٢٨٥ ، ٥ / ٤٠٩ .

والثاني أخرجه البخاري ، في : باب ما يكره من التبتل والخصاء ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٥ .
 ومسلم ، في : باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ .
 كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في النهي عن التبتل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٥ .
 والنسائي ، في : باب النهي عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٤٨ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن
 التبتل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٣ . والدارمي ، في : باب النهي عن التبتل ، من كتاب النكاح .
 سنن الدارمي ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٧٦ ، ١٨٣ .
 (١٨-١٩) في الأصل : « يأمر بالباه » . وفي ١ ، ب : « يأمرنا بالباه » . وفي م : « يأمرنا بالباه » . والمثبت في
 السنن .

(١٩) في : باب الترغيب في النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٣٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ١٥٨ ، ٢٤٥ .

والتَّخَلَّى مِنْهُ إِلَى التَّحْرِيمِ ، وَلَوْ كَانَ التَّخَلَّى أَفْضَلَ لَأَنْعَكَسَ الْأَمْرُ ، وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَ ، وَبَالَغَ فِي الْعَدَدِ ، وَقَعَلَ ذَلِكَ أَصْحَابُهُ ، وَلَا يَسْتَعْمَلُ النَّبِيُّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ إِلَّا بِالْأَفْضَلِ ، وَلَا تَجْتَمِعُ^(٢٠) الصَّحَابَةُ عَلَى تَرْكِ الْأَفْضَلِ ، وَالِاسْتِغَالِ بِالْأَدْنَى ، وَمَنْ الْعَجَبُ أَنَّ مَنْ يُفَضِّلُ التَّخَلَّى لَمْ يَفْعَلْهُ ، فَكَيْفَ أَجْمَعُوا^(٢١) عَلَى النِّكَاحِ فِي فِعْلِهِ ، وَخَالَفُوهُ فِي فَضْلِهِ ! أَفَمَا^(٢٢) كَانَ فِيهِمْ مَنْ يَتَّبِعُ الْأَفْضَلَ عِنْدَهُ وَيَعْمَلُ بِالْأَوْلَى^(٢٣) ؟ وَلَأنَّ مَصَالِحَ النِّكَاحِ أَكْثَرُ ، فَإِنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى تَحْصِينِ الدِّينِ ، وَإِحْرَازِهِ ، وَتَحْصِينِ الْمَرْأَةِ وَحِفْظِهَا ، وَالْقِيَامَ بِهَا ، وَإِجَادِ النَّسْلِ ، وَتَكْثِيرِ الْأُمَّةِ ، وَتَحْقِيقِ مُبَاهَاةِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَصَالِحِ الرَّاجِحِ أَحَدُهَا عَلَى نَفْلِ الْعِبَادَةِ ، فَمَجْمُوعُهَا^(٢٤) أَوْلَى . وَقَدْ رَوَيْنَا فِي أَخْبَارِ الْمُتَقَدِّمِينَ ، أَنَّ قَوْمًا ذَكَرُوا النَّبِيَّ ﷺ لَهُمْ فَضْلٌ عَابِدٌ لَهُمْ ، فَقَالَ : أَمَا إِنَّهُ لَتَارِكٌ لَشَيْءٍ مِنَ السُّنَّةِ ، فَبَلَغَ الْعَابِدَ ، فَأَتَى النَّبِيَّ ، فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : إِنَّكَ تَرَكْتَ التَّزْوِيجَ . فَقَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، وَمَا هُوَ إِلَّا هَذَا ! فَلَمَّا رَأَى النَّبِيُّ ﷺ اخْتِقَارَهُ لَذَلِكَ ، قَالَ : أَرَأَيْتَ لَوْ تَرَكْتُ النَّاسَ كُلَّهُمُ التَّزْوِيجَ مَنْ كَانَ يَقُومُ بِالْجِهَادِ ، وَيَنْفِي الْعَدُوَّ ، وَيَقُومُ بِفَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُدُودِهِ ؟ وَأَمَّا مَا ذُكِرَ عَنْ يَحْيَى ، فَهُوَ شَرْعُهُ ، وَشَرْعُنَا وَارِدٌ بِخِلَافِهِ ، فَهُوَ أَوْلَى . وَالْبَيْعُ لَا يَشْتَمِلُ عَلَى مَصَالِحِ النِّكَاحِ ، وَلَا يُقَارِبُهَا . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَنْ لَا شَهْوَةَ لَهُ ، إِمَّا لِأَنَّهُ لَمْ يُخْلَقْ لَهُ شَهْوَةٌ كَالْعَيْنِيِّ ، أَوْ كَانَتْ لَهُ شَهْوَةٌ فَذَهَبَتْ بِكِبَرٍ أَوْ مَرَضٍ وَنَحْوِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُسْتَحَبُّ لَهُ النِّكَاحُ ؛ لِعُمُومِ مَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، التَّخَلَّى لَهُ أَفْضَلُ ؛ لِأَنَّهُ^(٢٥) لَا يَحْصُلُ مَصَالِحُ النِّكَاحِ ، وَيَمْنَعُ زَوْجَتَهُ مِنَ التَّحْصِينِ بِغَيْرِهِ ، وَيُضَيِّرُ بِهَا ، وَيَحْبِسُهَا^(٢٦) عَلَى نَفْسِهِ ، وَيُعَرِّضُ نَفْسَهُ لَوَاجِبَاتٍ وَحَقُوقٍ لَعَلَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْقِيَامِ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « تَجْمَع » .

(٢١) فِي ١ ، ب ، م : « اجْتَمَعُوا » .

(٢٢) فِي ١ ، ب ، م : « فَمَا » .

(٢٣) فِي ١ ، م : « بِالْأَدْنَى » .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ ، ب : « مَجْمُوعُهَا » . وَفِي ١ ، م : « بِمَجْمُوعِهَا » . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَتَيْنَاهُ .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « فَإِنَّهُ » .

(٢٦) فِي م : « بِحَبْسِهَا » .

بها ، وَيَسْتَعْلُ عن الْعِلْمِ والْعِبَادَةِ بما لا فائِدَةَ فيه . والأخبارُ تُحْمَلُ على مَنْ له شَهْوَةٌ ؛ لما فيها من القرائن الدَّالَّةِ عليها . وظاهرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا فَرْقَ بين القادرِ على الإنفاقِ والعاجزِ عنه ، قال : يَنْبَغِي للرجُلِ أن يَتَزَوَّجَ ، فإن / كان عنده ما يُنْفِقُ ، أنْفَقَ ، وإن لم يَكُنْ عنده ، صَبَرَ ، ولو تزَوَّجَ بَشَرٌ كان قد تَمَّ أمرُهُ . واحتجَّ بأنَّ النَّبِيَّ ﷺ كان يُصْبِحُ وما عندهم^(٢٧) شيءٌ ، ويُمَسِي وما عندهم^(٢٧) شيءٌ^(٢٨) . وأنَّ^(٢٩) النَّبِيَّ ﷺ زَوَّجَ رجُلًا لم يَقْدِرْ^(٣٠) على خاتِمِ حديدٍ ، ولا وَجَدَ إلَّا إزارَه ، ولم يَكُنْ له رِداءٌ . أخرجه البخاريُّ^(٣١) . قال أحمدُ ، في رجلٍ قليلِ الكَسْبِ ، يَضْعُفُ قلبُه عن العيالِ : اللهُ يَرْزُقُهُم ، التزويجُ أَحْصَنُ له ، رَيمًا أتَى عليه وقتٌ لا يَمْلِكُ^(٣٢) قلبُه^(٣٣) . وهذا في حَقِّ مَنْ يَمْكُنُهُ التزويجُ^(٣٤) ، فأما مَنْ لا يُمْكِنُهُ ، فقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَيْسَتَغْفِرَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾^(٣٥) .

و٣/٧

١٠٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ)

في هذه المسألة أربعة^(١) فصول :

-
- (٢٧) في م : « عنده » .
 - (٢٨) أخرجه البخاري ، في : باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة ، من كتاب البيوع ، وفي : باب في الرهن في الحصر ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ٣ / ٧٤ ، ١٨٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢١٩ ، ٢٢٠ .
 - (٢٩) في الأصل : « ولأن » .
 - (٣٠) في م زيادة : « إلا » .
 - (٣١) تقدم تخريجه في : ٨ / ١٣٧ .
 - (٣٢) في الأصل : « يمكن » .
 - (٣٣) في م زيادة : « فيه » .
 - (٣٤) في ب : « التزوج » .
 - (٣٥) سورة النور ٣٣ .
 - (١) سقط من : ١ .

أحدها : أن النكاح لا يصح إلا بولي ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ، ولا
توكيل غير وليها في تزويجها . فإن فعلت ، لم يصح النكاح . روى هذا عن عمر ،
وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبي هريرة ، وعائشة ، رضي الله عنهم . وإليه
ذهب سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، والثوري ،
وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وابن المبارك ، وعبيد الله العنبري ، والشافعي ،
ولسحاق ، وأبو عبيد . وروى عن ابن سيرين ، والقاسم بن محمد ، والحسن بن
صالح ^(٢) ، وأبي يوسف : لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي ، فإن فعلت كان موقوفاً على
إجازته . وقال أبو حنيفة : لها أن تزوج نفسها وغيرها ، وتوكل في النكاح ؛ لأن الله
تعالى قال : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ ^(٣) . أضاف النكاح إليهن ،
ونهى عن منعهن منه ، ولأنه خالص حقها ، وهي من أهل المباشرة ، فصَحَّ منها ، كبيع
أمتها ، ولأنها إذا ملكت بيع أمتها ، وهو تصرف في رقيتها وسائر منافعها ، ففي
النكاح الذي هو عقد على بعض نفعها ^(٤) أولى . ولنا ، أن النبي ﷺ قال : « لَا نِكَاحَ
إِلَّا بِوَلِيٍّ » ^(٥) . رواه عائشة ، وأبو موسى ، وابن عباس . قال المروزي : سألت أحمد
ويحيى عن حديث : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ » . فقالا : صحيح . وروى عن عائشة ،
عن النبي ﷺ ، أنه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ
بَاطِلٌ بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا ، فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحْلَ مِنْ فَرْجِهَا ، فَإِنْ اسْتَجَرُوا ،
فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » . رواه الإمام أحمد ، وأبو داود وغيرهما ^(٦) . فإن قيل :
فإن الزهري راويه ^(٧) وقد أنكره ^(٨) . قال ابن جرير ^(٩) : سألت الزهري عنه فلم يعرفه . / قلنا
له : لم يقل هذا عن ابن جرير ^(٨) غير ابن علي ، كذلك قال الإمام أحمد ويحيى ، ولو ثبت

٣/٧ ط

(٢) في م نهادة : « وأبي صالح » .

(٣) سورة البقرة ٢٣٢ .

(٤) في م : « منافعها » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٥ / ٨٨ . ويضاف إليه : المسند ٦ / ٤٧ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

(٦) في م : « رواه » .

(٧) في حاشية ب : « رواه الخمسة إلا النسائي ، وحسنه الترمذي ، وصححه ابن حبان وغيره ، وهو من رواية سليمان

ابن موسى وهو ثقة ، روى له مسلم ، وقال البخاري : عنده منكير » .

(٨) في ١ ، ب ، م : « خديج » .

هذا لم يكن حجة ؛ لأنه قد نقله ثقات عنه ، فلو نسيه الزهرى لم يضره ^(٩) ؛ لأن النسيان لم يُعصَم منه إنسان . قال النبي ﷺ : « نَسِيَ آدَمُ ، فَنَسِيَتْ ذُرِّيَّتُهُ » ^(١٠) . ولأنها مولى عليها في النكاح ، فلا تليها ، كالصغيرة ، وأما الآية ، فإن عضلها الامتناع من تزويجها ، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي ، ويدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار ، حين امتنع من تزويج أخته ، فدعاه النبي ﷺ ، فزوجه ^(١١) . وأضافه إليها لأنها محل له . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يجوز لها تزويج أحد . وعن أحمد ، لها تزويج أمتها . وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح ، فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها ، وتزويج غيرها بالوكالة . وهو مذهب محمد بن الحسين . وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه ؛ لقول النبي ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » . فمفهومه صحته بإذنه . ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح ، لقصور عقلها ، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة ، وهذا مأمون فيما إذا أُذن فيه وليها . والصحيح الأول ؛ لعموم قوله : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ » . وهذا يُقدَّم على دليل الخطاب ، والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب ، فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها ، والعلة في منعها ، صيانتها عن مباشرة ما يُشعر بوقاحتها ورغوتها وميلها إلى الرجال ، وذلك يتنافى حال أهل الصيانة والمروءة ، والله أعلم .

فصل : فإن حَكَمَ بصحة هذا العقد حاكم ، أو كان المتوكل لعقده حاكماً ، لم

(٩) في الأصل : « يضر » .

(١٠) أخرجه الترمذى ، في : باب تفسير سورة الأعراف ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٩٦ / ١١ .

(١١) أخرجه البخارى ، في : باب : ﴿ إِذَا طَلَقَ الْمَرْءُ الْمَرْأَةَ فَلْيَنْفِرْ مِنْهَا ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب من قال : لا نكاح إلا بولي . من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٦ / ٣٦ ، ٧ / ٢١ . وأبو داود ، في : باب في العضل ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨١ . والترمذى ، في : باب : ﴿ وَإِذَا طَلَقَ الْمَرْءُ الْمَرْأَةَ فَلْيَنْفِرْ مِنْهَا ... ﴾ ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢ / ١٠٣ .

يَجْزُ نَقْضُهُ . وكذلك سائر الأَنْكِحَةِ الفاسدة . وَخَرَجَ الْقَاضِي فِي هَذَا وَجْهًا خَاصَّةً أَنَّهُ يَنْقُضُ . وَهُوَ قَوْلُ الْإِصْطَخَرِيِّ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ نَصًّا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا مَسْأَلَةٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا ، وَيَسُوغُ فِيهَا الْاجْتِهَادُ ، فَلَمْ يَجْزُ نَقْضُ الْحُكْمِ لَهُ ^(١٢) ، كَمَا لَوْ حَكَمَ بِالشُّفْعَةِ لِلْجَارِ ، وَهَذَا النَّصُّ مُتَأَوَّلٌ وَفِي صِحِّهِ كَلَامٌ ، وَقَدْ عَارَضْتَهُ ^(١٣) ظَوَاهِرُ .

الفصل الثاني : أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ . هَذَا الْمَشْهُورُ عَنْ أَحْمَدَ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَالْحُسَيْنِ ، وَالتَّحِيصِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالثَّوْرِيَّ ، وَالْأَوْزَاعِيَّ ، وَالشَّافِعِيَّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَصْحَحُ بغير شُهُودٍ . فَعَلَهُ ^(١٤) ابْنُ عَمَرَ ، وَالْحَسَنُ / بْنُ عَلِيٍّ ، وَابْنُ الزُّبَيْرِ ، وَسَالِمٌ وَحَمْزَةُ ^(١٥) ابْنَا ابْنِ عَمَرَ . وَبِهِ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ إِدْرِيسَ ^(١٦) ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ مَهْدِيٍّ ، وَبِزَيْدِ بْنِ هَارُونَ ، وَالْعَبَّاسِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، إِذَا أَعْلَنُوهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا يَثْبُتُ فِي الشَّاهِدَيْنِ فِي النِّكَاحِ خَبَرٌ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ » . مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ وَابْنِ عَمَرَ ^(١٧) ، إِلَّا أَنْ فِي نَقْلِهِ ذَلِكَ ضَعْفٌ ^(١٨) ، فَلَمْ

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في م : « عارضه » .

(١٤) في م : « وفعله » .

(١٥) في حاشية ب : « حمزة بن عبد الله بن عمر ، أخو سالم ، هو ثقة ، روى له الجماعة » .

(١٦) عبد الله بن إدريس الأودي الكوفي الحافظ العابد ، إمام حجة ، توفي سنة اثنتين وتسعين ومائة . العبر

١ / ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

(١٧) حديثا ابن عباس ، وابن عمر ، أخرجهما الدارقطني ، في : كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢١ ،

٢٢٥ . وحديث أبي هريرة ، أخرجه البيهقي ، في : باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ، من كتاب النكاح . السنن

الكبرى ٧ / ١٢٥ .

(١٨) في م : « ضعيفا » .

أَذْكُرُهُ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد أَعْتَقَ النَّبِيُّ ﷺ صَفِيَّةَ بِنْتَ حَبِيبٍ وَتَزَوَّجَهَا^(١٩) بِغَيْرِ شَهْوِدٍ^(٢٠) . قال أنسُ بن مالِكٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : اشْتَرَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَارِيَةً بِسَبْعَةِ أَرُوسٍ^(٢١) ، فَقَالَ النَّاسُ : مَا نَذَرِي أُتَزَوَّجَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَمْ جَعَلَهَا أُمًّا وَلَدٍ ؟ فَلَمَّا أَنْ^(٢٢) أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَ حَجَبَهَا ، فَعَلِمُوا أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا . متفقٌ عليه^(٢٣) . قال : فاستدلُّوا على تَزَوُّجِهَا بِالْحِجَابِ . وقال يزيدُ بن هارونَ : أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِالْإِشْهَادِ فِي الْبَيْعِ دُونَ النِّكَاحِ ، فَاشْتَرَطَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ الشَّهَادَةَ لِلنِّكَاحِ ، وَلَمْ يَشْتَرِطُوهَا لِلْبَيْعِ ؛ وَوَجْهُ الْأَوَّلَى أَنَّهُ قَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ ، وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » . رواه الحَلَالُ بِإِسْنَادِهِ^(٢٤) . وَرَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ^(٢٥) ، عَنْ عَائِشَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ ؛ الْوَلِيِّ ، وَالزَّوْجِ ، وَالشَّاهِدَيْنِ » . وَلأنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَهُوَ الْوَلَدُ ، فَاشْتَرَطَتِ الشَّهَادَةُ فِيهِ ، لِغَلَا يَجْحَدُهُ أَبُوهُ ، فَيُضَيِّعُ نَسَبَهُ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ . فَأَمَّا نِكَاحُ النَّبِيِّ ﷺ بِغَيْرِ وَلِيٍّ وَغَيْرِ شَهْوِدٍ ، فَمِنْ خِصَائِصِهِ فِي النِّكَاحِ ، فَلَا يُلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ .

(١٩) في ١ ، م : « تزوجها » .

(٢٠) انظر ما يأتي من تخرُّج حديث بنائه ﷺ بصفية .

(٢١) في م : « قروش » .

(٢٢) سقط من : ١ ، ب .

(٢٣) أخرجه البخاري ، في : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازي ، وفي : باب في اتخاذ السراري ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، وباب من جعل عتق الأمة صداقها ، وباب البناء في السفر ، وباب الويلعة ولو بشاة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٥ / ١٦٨ ، ٧ / ٧ ، ٨ ، ٢٨ ، ٣١ . ومسلم ، في : باب فضيلة إعتاق الأمة ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٤ - ١٠٤٦ . وأبو داود ، في : باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحمدي ٥ / ٤٠ . والنسائي ، في : باب التزويج على العتق ، وباب البناء في السفر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٤ ، ١٠٩ . وابن ماجه ، في : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٩ . والدارمي ، في : باب في الأمة يجعل عتقها صداقها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٥٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٩٩ ، ١٦٥ ، ١٧٠ ، ١٨١ ، ٢٠٣ ، ٢٣٩ ، ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٦٤ ، ٢٨٠ ، ٢٩١ .

(٢٤) وأخرجه البيهقي ، في : باب لا نكاح إلا بولي مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٤ .

(٢٥) في : كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢٥ .

الفصل الثالث : أنه لا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِشَهَادَةِ مُسْلِمَيْنِ ، سواءَ كانَ الزَّوْجَانِ مُسْلِمَيْنِ ، أو الزَّوْجُ وَحَدَهُ . نصُّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا كانت المرأة ذِمِّيَّةً ، صَحَّ بِشَهَادَةِ ذِمِّيِّينِ . قال أبو الحُطَّابِ : وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ ، مَبْنِيًّا عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ يَقْبُولُ شَهَادَةَ بَعْضِ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى بَعْضٍ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلًى ، وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » . وَلأنَّه نِكَاحُ مُسْلِمٍ ، فَلَمْ يَنْعَقِدْ بِشَهَادَةِ ذِمِّيِّينِ ، كِنِكَاحِ الْمُسْلِمَيْنِ .

فصل : فأمَّا الفاسِقَانِ ، ففى انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِشَهَادَتِهِمَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَنْعَقِدُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِلخَبَرِ . وَلأنَّ النِّكَاحَ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا ، فَلَمْ يَنْعَقِدْ بِحُضُورِهِمَا ، كَالْمَجْنُونَيْنِ . والثَّانِيَةِ ، يَنْعَقِدُ/ بِشَهَادَتِهِمَا . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لِأنَّهَا تَحْمِلُ ، فَصَحَّحَ مِنَ الْفَاسِقِ ، كَسَائِرِ التَّحْمِلَاتِ . وعلى كُلِّتا الرِّوَايَتَيْنِ لَا يُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ الْعَدَالَةِ ، بَلْ يَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ مُسْتَوْرِي الْحَالِ ؛ لِأنَّ النِّكَاحَ يَكُونُ فِي الْقَرَى وَالْبَادِيَةِ ، وَبَيْنَ عَامَّةِ النَّاسِ ، مَن لَّا يَعْرِفُ حَقِيقَةَ الْعَدَالَةِ ، فَاعْتِبَارُ ذَلِكَ يَشُقُّ ، فَانْكَفَى بِظَاهِرِ الْحَالِ ، وَكَوْنِ الشَّاهِدِ مُسْتَوْرًا لَمْ يَظْهَرْ فُسْطُقه ، فَإِنْ تَبَيَّنَ بَعْدَ الْعَقْدِ أَنَّهُ كَانَ فَاسِقًا ، لَمْ يُؤْثَرْ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأنَّ الشَّرْطَ الْعَدَالَةَ ظَاهِرًا ، وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ ظَاهِرَ الْفُسْطِ ، وَقَدْ تَحَقَّقَ ذَلِكَ . وَقِيلَ : تَبَيَّنَ أَنَّ النِّكَاحَ كَانَ فَاسِدًا ؛ لَعَدَمِ الشَّرْطِ . وَليسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأنَّه لو كانت العدالةُ في الباطنِ شَرْطًا ، لَوَجَبَ الْكَشْفُ عَنْهَا ؛ لِأنَّه مع الشكِّ فِيهَا يَكُونُ مَشْكُوكًا ^(٢٦) فِي شَرْطِ النِّكَاحِ ^(٢٧) ، فَلَا يَنْعَقِدُ ، وَلَا تَحِلُّ الْمَرْأَةُ مَعَ الشكِّ فِي صِحَّةِ نِكَاحِهَا . وَإِنْ حَدَثَ الْفُسْطُ فِيهِمَا ، لَمْ يُؤْثَرْ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ ؛ لِأنَّ الشَّرْطَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ حَالَةَ الْعَقْدِ . وَلَوْ أَقْرَرَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ أَنَّهُمَا نَكَحَا بَوَلًى وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ ، قُبِلَ قَوْلُهُمَا ، وَتَبَتِ النِّكَاحُ بِإِقْرَارِهِمَا .

فصل : لَا يَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ . وهذا قولُ النُّعْمِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ،

(٢٦-٢٧) سقط من : ١ .

والشافعي . وعن أحمد ، أنه قال : إذا تزوّج بشهادة نسوة ، لم يجز ، فإن كان معهن رجل ، فهو أهون . فيَحْتَمِلُ أَنَّ هَذَا رَاوِيَةً أُخْرَى فِي اتِّعَادِهِ بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَيُرْوَى عَنِ الشَّعْبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ مُعَاوِضَةَ ، فَأَنْعَقَدَ بِشَهَادَتِهِنَّ ^(٢٧) مَعَ الرَّجَالِ ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّ الزُّهْرِيَّ قَالَ : مَضَتْ السُّنَّةُ مِنْ ^(٢٨) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّ لَا تَجُوزَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ ، وَلَا فِي النِّكَاحِ ، وَلَا فِي الطَّلَاقِ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ ^(٢٩) ، فِي « الْأَمْوَالِ » . وَهَذَا يَنْصَرِفُ إِلَى سُنَّةِ النَّبِيِّ ﷺ . وَلَأَنَّهُ عَقَدَ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، وَبِحُضْرِهِ الرِّجَالُ فِي غَالِبِ الْأَحْوَالِ ، فَلَمْ ^(٣٠) يَثْبُتْ بِشَهَادَتِهِنَّ ^(٢٧) كَالْحُدُودِ ، وَهَذَا فَارَقَ الْبَيْعَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا قَالَ : هُوَ أَهْوَنُ . لَوْ قُورِعَ الْخِلَافُ فِيهِ ، فَلَا يَكُونُ رَاوِيَةً .

فصل : لَا يَنْعَقَدُ بِشَهَادَةِ صَبِيَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْعَقَدَ بِشَهَادَةِ مُرَاهِقَيْنِ عَاقِلَيْنِ . وَلَا يَنْعَقَدُ بِشَهَادَةِ مَجْنُونَيْنِ ، وَلَا سَائِرِ مَنْ لَا شَهَادَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ وُجُودَهُ كَالْعَدَمِ . وَلَا يَنْعَقَدُ بِشَهَادَةِ أَصَمَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَسْمَعَانِ . وَلَا أُخْرَسَيْنِ ؛ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْأَدَاءِ مِنْهُمَا . وَفِي اتِّعَادِهِ بِحُضُورِ أَهْلِ الصَّنَائِعِ الزَّرِّيَّةِ ، كَالْحَجَّامِ وَنَحْوِهِ ، وَجِهَانِ ، بِنَاءً عَلَى قَبُولِ شَهَادَتِهِمَا . وَفِي اتِّعَادِهِ بِشَهَادَةِ عَدُوِّينِ أَوْ ابْنَيْ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا وَجِهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْعَقَدُ . اخْتَارَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ / بَطَّةٌ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ : « إِلَّا بِوَلِيِّي وَشَاهِدَيَّ عَدْلٍ » . وَلَأَنَّهُ يَنْعَقَدُ بِهِمَا نِكَاحٌ غَيْرِ هَذَا الزَّوْجِ ، فَأَنْعَقَدَ بِهِمَا نِكَاحُهُ ، كَسَائِرِ الْعُدُولِ . وَالثَّانِي ، لَا يَنْعَقَدُ بِشَهَادَتِهِمَا ^(٣١) ؛ لِأَنَّ الْعَدُوَّ لَا

٥٧/٥

(٢٧) فِي م : « بِشَهَادَتَيْنِ » .

(٢٨) فِي م : « عَنْ » .

(٢٩) وَأَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ . مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . الْمُصَنَّفُ ١٠ / ٥٨ مُخْتَصَرًا . وَانْظُرْ : نَصَبُ الرَّايَةِ ٤ / ٧٩ ، وَالتَّلْخِصُ الْحَبِيرُ ٤ / ٣٠٧ .

(٣٠) فِي م : « فَلَا » .

(٣١) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « بِشَهَادَتِهِ » .

تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى عَدُوِّهِ ، وَالابْنُ لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ^(٣٢) لَوَالِدِهِ .

فصل : وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ عَبْدَيْنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَنْعَقِدُ . وَمَبْنَى الْخِلَافِ عَلَى قَبُولِ شَهَادَتَيْهِمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ . وَتَذَكُّرُهُ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ ضَرِيرَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ فِي ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى قَوْلٍ ، فَصَحَّحْتُ مِنَ الْأَعْمَى ، كَالشَّهَادَةِ بِالْإِسْتِفَاضَةِ ، وَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ بِشَهَادَتَيْهِمَا إِذَا تَيَقَّنَ الصَّوْتُ وَعَلِمَ صَوْتَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ عَلَى وَجْهِ لَا يَشْكُ فِيهِمَا ، كَمَا يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْ يَرَاهُمَا^(٣٣) ، وَالْأَفَلَا .

فصل : وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ تَزْوِيجًا فَاسِدًا ، لَمْ يَجُزْ تَزْوِيجُهَا لِغَيْرِ مَنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يُطَلَّقَهَا أَوْ يَفْسَخَ نِكَاحُهَا . وَإِذَا امْتَنَعَ مِنْ طَلَاقِهَا ، فَسَخَ الْحَاكِمُ نِكَاحَهُ^(٣٤) . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا حَاجَةَ إِلَى فُسْخٍ وَلَا طَلَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ غَيْرُ مُنْعَقِدٍ ، أَشْبَهَ النِّكَاحَ فِي الْعِدَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ نِكَاحٌ يَسُوءُ فِيهِ الْاجْتِهَادُ ، فَاحْتِيجُ فِي التَّفْرِيقِ فِيهِ إِلَى إِيقَاعِ فُرْقَةٍ ، كَالصَّحِيحِ الْمُخْتَلِفِ فِيهِ ، وَلِأَنَّ تَزْوِيجَهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ يُفْضِي إِلَى تَسْلِيْطِ زَوْجَيْنِ عَلَيْهَا ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْتَقِدُ أَنَّ نِكَاحَهُ الصَّحِيحُ ، وَنِكَاحَ الْآخَرِ الْفَاسِدُ ، وَيَفَارِقُ النِّكَاحَ الْبَاطِلَ مِنْ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . وَإِذَا زُوِّجَتْ^(٣٥) بَآخَرَ قَبْلَ التَّفْرِيقِ ، لَمْ يَصَحَّ الثَّانِي أَيْضًا ، وَلَمْ يَجُزْ تَزْوِيجُهَا لِلثَّالِثِ^(٣٦) حَتَّى يُطَلَّقَ الْأَوَّلَانِ أَوْ يَفْسَخَ نِكَاحُهُمَا ، وَمَتَى فُرِّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا^(٣٧) ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ لَمْ^(٣٨) يَتَّصِلْ بِهِ قَبْضٌ ،

(٣٢) فِي م : « شَهَادَةٌ » .

(٣٣) فِي أ ، ب : « رَأَاهُمَا » .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ : « تَزَوَّجَتْ » .

(٣٦) فِي م : « الثَّالِثُ » .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « وَلَمْ » .

فلم يَجِبْ به^(٣٩) عَوْضٌ كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، وإن كان التَّفْرِيقُ بعد الدُّخُولِ ، فلها المَهْرُ ؛
 بدليل قوله عليه السلام : « فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »^(٤٠) . وإن تَكَرَّرَ الْوَطْءُ
 فَالْمَهْرُ وَاحِدٌ ؛ لِلْحَدِيثِ ، ولأنه إصَابَةٌ فِي عَقْدٍ فَاسِدٍ^(٤١) ، أَشْبَهَ الْإِصَابَةَ فِي عَقْدٍ
 صَحِيحٍ .

فصل : والواجبُ لها مَهْرٌ مِثْلُهَا ، أَوْماً إِلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي الْعَبْدِ يَتَزَوَّجُ بِغَيْرِ إِذْنِ
 سَيِّدِهِ : يُعْطَى شَيْئاً . قال القاضي : يَعْنِي مَهْرَ الْمِثْلِ . وهو ظاهرُ قولِ الْخِرَقِيِّ ؛
 لقوله : « وَإِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ فَالنِّكَاحُ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي فَلَهَا مَهْرٌ
 مِثْلُهَا » . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . والمنصوصُ عن أَحْمَدَ أَنَّهَا الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ فِي بَعْضِ
 أَلْفَاظِ حَدِيثِ / عَائِشَةَ : « وَلَهَا الَّذِي أَعْطَاهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا » . قال القاضي : حَدَّثَنَا
 أَبُو بَكْرِ الْبَرْقَانِيُّ ، وَأَبُو مُحَمَّدٍ الْحَلَّالُ ، بِإِسْنَادَيْهِمَا . وقال أبو حنيفة : الْوَاجِبُ الْأَقْلُ
 مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ رَضِيَتْ بِدُونِ مَهْرٍ مِثْلِهَا فَلَيْسَ لَهَا أَكْثَرُ مِنْهُ ،
 كَالْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى أَكْثَرَ لَمْ يَجِبِ الزَّائِدُ ؛ لِأَنَّهُ^(٤٢) بِعَقْدٍ غَيْرِ
 صَحِيحٍ^(٤٣) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . فَجَعَلَ لَهَا
 الْمَهْرَ^(٤٤) بِالْإِصَابَةِ ، وَالْإِصَابَةُ إِنَّمَا تُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ ، وَلِأَنَّ الْعَقْدَ لَيْسَ بِمُوجِبٍ ،
 بِدَلِيلِ الْخَبَرِ ، وَأَنَّهُ لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ مَسِّهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُوجِباً كَانَ وُجُودُهُ
 كَعَدَمِهِ ، وَبَقِيَ^(٤٥) الْوَطْءُ مُوجِباً بِمُفْرَدِهِ ، فَأَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ ، كَوَطْءِ الشَّيْثَةِ ، وَلِأَنَّ
 التَّسْمِيَةَ لَوْ فَسَدَتْ لَوَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ ، فَإِذَا فَسَدَ الْعَقْدُ مِنْ أَصْلِهِ كَانَ^(٤٦) أَوْلَى . وقولُ

٥/٧ ظ

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

(٤٠) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٥ : ٨٨ ، وَفِي صَفْحَةِ ٣٤٥ .

(٤١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٤٢-٤٣) فِي م : « بِغَيْرِ عَقْدٍ صَحِيحٍ » .

(٤٣) فِي م زِيَادَةٌ : « الْمُمِيز » .

(٤٤) فِي الْأَصْلِ : « وَبَقِيَ » .

أبى حنيفة إنَّها رَضِيَتْ بدون صَدَاقِها . إنَّما يَصِحُّ إذا كان العَقْدُ هو المُوجِبُ ، وقد بَيَّنَّا أنَّه إنَّما يَجِبُ بالإِصَابَةِ ، فيجِبُ^(٤٥) مَهْرُ المِثْلِ كاملاً ، كَوَطْءِ الشُّبْهَةِ .

فصل : ولا يَجِبُ لها بِالْحُلُوةِ شَيْءٌ . في قول أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إنَّما^(٤٦) جَعَلَ لها المَهْرَ بما اسْتَحَلَّ من فَرْجِها . يعْنِي أَصَابَ . ولم يُصَيِّبْها . والمنصُوصُ عن أَحْمَدَ أَنَّ المَهْرَ يَسْتَقِرُّ بِالْحُلُوةِ ، قِياساً على العَقْدِ الصَّحِيحِ ، وبِنَاءٍ على أَنَّ الواجِبَ المُسَمَّى بالعَقْدِ ، وقد ذَكَرْنَا ذلك .

فصل : ولا حَدٌّ في وَطْءِ النِّكاحِ الفاسِدِ ، سواءً اعتَقَدَا^(٤٧) حِلَّهُ أو حُرْمَتَهُ . وعن أَحْمَدَ ما يَدُلُّ على أَنَّهُ يَجِبُ الحُدُّ بِالْوَطْءِ في النِّكاحِ بِلَا وِلْيٍّ ، إذا اعتَقَدَا حُرْمَتَهُ . وهو اخْتِيارُ الصَّيْرَفِيِّ^(٤٨) ، من أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لما رَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ^(٤٩) ، بِإِسْنَادِهِ عن أَبِي هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « لا تُزَوَّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ ، وَلَا تُزَوَّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، إِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوَّجُ نَفْسَهَا » . وبِإِسْنَادِهِ^(٥٠) عن الشَّعْبِيِّ قال : ما كان أَحَدٌ من أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ أَشَدَّ في النِّكاحِ بغيرِ وِلْيٍّ من عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، كان يَضْرِبُ فيه . وروى الشَّائِجِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ عن عِكْرَمَةَ بنِ خَالِدٍ ، أَنَّ الطَّرِيقَ جَمَعَتْ رَكْباً فيه امْرَأَةٌ نَيْبٌ ، فَخَطَبَهَا رَجُلٌ ، فَأَنكَحَهَا رَجُلٌ وهو غَيْرُ وِلْيٍّ بِصَدَاقٍ وشُهُودٍ ، فَلَمَّا قَدِمُوا على عَمَرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، رُفِعَ إِلَيْهِ أَمْرُهُما ، ففَرَّقَ بَيْنَهُما ، وَجَلَدَ النَّائِكَ والمُنْكَحَ^(٥١) . ولنا ، أَنَّ هَذَا مُخْتَلَفٌ في إِباحَتِهِ ، فلم يَجِبْ به الحُدُّ ، كالنِّكاحِ بغيرِ

(٤٥) في الأصل ، ب : « فيوجب » ، وفي ١ : « فوجب » .

(٤٦) سقط من : ١ ، م .

(٤٧) في م : « اعتقد » .

(٤٨) في م : « السمرقندي » .

وهو أبو بكر محمد بن عبد الله الصيرفي ، أحد أصحاب الوجوه في مذهب الشافعي ، ويقال : إنه أعلم خلق الله بالأصول بعد الشافعي ، توفي سنة ثلاثين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٤٩) في كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا نكاح إلا بولي ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ .

(٥٠) في كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢٩ .

(٥١) وأخرجه الدارقطني ، في كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢٥ . والبيهقي ، في : باب لا نكاح إلا بولي ، =

شُهُود ، ولأنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهَاتِ ، والاختلافُ فيه أقوى الشُّبُهَاتِ ، وتُسمِّيَتُها زانيةً يجوزُ ، بدليل / أنَّه سَمَّاها بذلك بِمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وعَمُرُ جَلَدَهُمَا أَدَبًا وَتَغْزِيرًا ، ولذلك جَلَدَ المُنْكَحَ ولم يَجْلِدِ المرأةَ ، وَجَلَدَهُمَا بِمُجَرَّدِ العَقْدِ مع اعتقادِهما جِلَّةً . وكذلك حديثُ عليٍّ ، عليٌّ أَنَّ حَدِيثَ عليٍّ حُجَّةٌ على مَنْ أَوْجَبَ الحَدَّ فيه^(٥٢) ؛ فَإِنَّ عَلِيًّا أَشَدُّ الناسِ فيه ، وقد انتهى أمرُه^(٥٣) إلى الجَلْدِ ، فبدَّل^(٥٤) على أن سائرَ الصَّحابةِ^(٥٥) لم يَرَوْا فيه جَلْدًا . فَإِنْ قِيلَ : فقد أَوْجَبْتُمُ الحَدَّ على شارِبِ النَّبِيذِ ، مع الاختلافِ^(٥٦) فيه ؟ قلنا : هو مُفَارِقٌ لِمَسْأَلَتِنَا ، بدليل أَنَّا نَحُدُّ مَنْ اعْتَقَدَ جِلَّةً ، ولأنَّ يَسِيرَ النَّبِيذِ يدَعُو إلى كَثِيرِهِ^(٥٧) الْمُتَّفَقِ على تَحْرِيمِهِ ، وهذا الْمُخْتَلَفُ فيه يُعْنِي عن الزُّنَى المُجْمَعِ على تَحْرِيمِهِ ، فافْتَرَقَا . إِذَا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ مَنْ اعْتَقَدَ جِلَّةً لَيْسَ عَلَيْهِ إِثْمٌ وَلَا أَدَبٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَسَائِلِ الفُرُوعِ الْمُخْتَلَفِ فيها ، وَمَنْ اعْتَقَدَ حُرْمَتَهُ إِثْمٌ وَأَدَبٌ . وَإِنْ أَتَتْ بَوْلِدٌ مِنْهُ ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ فِي الْحَالَيْنِ .

فصل : فَأَمَّا الْأَنْكِحَةُ الْبَاطِلَةُ ، كَنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الْمُزَوَّجَةِ أَوِ الْمُعْتَدَّةِ ، وَشَبِهِهِ^(٥٨) ، فَإِذَا عَلِمَا الْحَالَ^(٥٩) وَالتَّحْرِيمَ ، فَهَمَا زَانِيَانِ ، وَعَلَيْهِمَا الْحُدُّ ، وَلَا يَلْحَقُ التَّنَسُّبُ فِيهِ .

فصل : وَيُسَاوِي الْفَاسِدُ الصَّحِيحَ فِي اللَّعَانِ ، إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يَرِيدُ نَفْيَهُ عَنْهُ ،

= من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١١١ . وابن أبي شيبة ، في : باب في المرأة إذا تزوجت بغير ولي ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣١ ، ١٣٢ .

(٥٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(٥٣) في م : « الأمر » .

(٥٤) في م : « فدل » .

(٥٥) في م : « الناس والصحابة » .

(٥٦) في الأصل ، ١ : « الخلاف » .

(٥٧) في الأصل ، ١ ، ب : « الكثير » .

(٥٨) في م : « أو شبهه » .

(٥٩) في م : « الحل » .

لِكَوْنِ النَّسَبِ لِاحِقًا بِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ ، فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَتَجِبُ الْعِدَّةُ بِالْخُلُوةِ فِيهِ ، وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ بِالْمَوْتِ فِيهِ ، وَالْإِحْدَادُ^(٦٠) ، كُلُّ^(٦١) ذَلِكَ اخْتِيَاظًا لَهَا . وَيُفَارِقُ الصَّحِيحُ فِي أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ التَّوَارُثُ ، وَلَا تَحْصُلُ بِهِ الْإِبَاحَةُ لِلْمُتَزَوِّجِ ، وَلَا الْحِلُّ^(٦٢) لِلزَّوْجِ الْمُطْلَقِ ثَلَاثًا بِالْوَطْءِ فِيهِ ، وَلَا يَحْصُلُ الْإِخْصَانُ بِالْوَطْءِ فِيهِ ، وَلَا يَثْبُتُ حَكْمُ الْإِيلَاءِ بِالْبَيْعِ فِيهِ ، وَلَا يَحْرُمُ الطَّلَاقُ فِيهِ فِي زَمَنِ الْحَيْضِ .

١١٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ أَبُوهَا)

إِنَّمَا قَيَّدَ الْمَرْأَةَ بِالْحُرَّةِ^(١) هُنَا ؛ لِأَنَّ الْأُمَّةَ لَا وِلَايَةَ لِأَبِيهَا عَلَيْهَا ، وَلِئِمَّا وَلِيَّهَا سَيِّدُهَا . بَغِيرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ . وَأَمَّا الْمَرْأَةُ الْحُرَّةُ ، فَأَوْلَى النَّاسِ بِتَزْوِيجِهَا أَبُوهَا ، وَلَا وِلَايَةَ لِأَحَدٍ مَعَهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُثَنِّ : الْإِبْنُ أَوْلَى . وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَوْلَى مِنْهُ بِالْمِيرَاثِ ، وَأَقْوَى تَعْصِييًا ، وَلِهَذَا يَرِثُ مَوْلَى^(٢) أَبِيهِ دُونَ جَدِّهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَلَدَ مُوْهُوبٌ لِأَبِيهِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ نَحْسِي ﴾^(٣) . وَقَالَ زَكَرِيَّا : ﴿ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ﴾^(٤) . وَقَالَ : ﴿ فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴾^(٥) . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ / الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴾^(٦) . وَقَالَ ﷺ :

٦/٧ ط

(٦٠) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « إِذ » .

(٦١) فِي م : « وَكُل » .

(٦٢) فِي م : « تَحِل » .

(١) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « بِالْحُرِّيَّةِ » .

(٢) فِي م : « بَوْلَاء » .

(٣) سُورَةُ الْأَنْبِيَاءِ ٩٠ .

(٤) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٣٨ .

(٥) سُورَةُ مَرْيَمَ ٥ .

(٦) سُورَةُ إِبْرَاهِيمَ ٣٩ .

« أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ »^(٧) . وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولأن الأب أكمل نظراً ، وأشد شفقة ، فوجب تقديمه في الولاية ، كتقديمه على الجد ، ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه ، فلييه في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه ، بخلاف ولاية الابن ، ولذلك اختص بولاية المال ، وجاز له أن يشتري لها من ماله ، وله من مالها ، إذا كانت صغيرة ، بخلاف غيره ، ولأن الولاية اختكام ، واختكام الأصل على فرعها أولى من العكس ، وفارق الميراث ، فإنه لا يُعتبر له النظر ، ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه اختكام ولا ولاية على الموروث ، بخلاف ما نحن فيه .

١١٠١ - مسألة ؛ قال : (ثُمَّ أَبُوهُ وَإِنْ عَلَا)

يعنى أن^(١) الجد أبا الأب وإن علّت درجته ، فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء . وهو قول الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى ، أن الابن مقدم على الجد . وهو قول مالك ومن وافقه ؛ لما تقدم . وعن أحمد ، رواية ثالثة ، أن الأخ يقدم على الجد . وهو قول مالك ؛ لأن الجد يدلّ بأبوة الأب ، والأخ يدلّ ببنوة^(٢) ، والبنوة مقدمة . وعن أحمد أن الجد والأخ سواء ؛ لا يستويان في الميراث بالتعصيب ، واستويان^(٣) في القرابة ، فوجب أن يستويا في الولاية كالأخوين ، ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر^(٤) ، فاستويا في الولاية كالأخوين . ولنا ، أن الجد له إيلاد وتعصيب ، فيقدم عليهما ، كالأب ، ولأن الابن والأخ يقادان بها ، ويقطعان بسرقه مالها ، والجد بخلافه ، والجد^(٥) لا يسقط في الميراث إلا بالأب ، والأخ يسقط به وبالابن وإبنه ، وإذا ضاق

(٧) تقدم تحريجه في : ٨ / ٢٧٣ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « ببنوته » .

(٣) في م : « فاستويا » .

(٤) في الأصل ، ب : « الآخر » .

(٥) سقط من : م .

المال ، وفي المسألة جدٌ وأخٌ ، سَقَطَ الأخُ وحده ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهُ عليهما كالأب ،
وكتقديمه^(٦) على العمِّ وسائرِ العَصَبَاتِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فالجدُّ وإن عَلَا أولى من جميعِ
العَصَبَاتِ غَيْرِ الأبِ ، وأولى الأجدادِ أَقْرَبُهُمْ وَأَحَقُّهُمْ بالمِيراثِ^(٧) .

١١٠٢ - مسألة ؛ قال : (ثُمَّ ابْنُهَا وَابْنُهُ وَإِنْ سَقَلَ)

وجعلته أنه متى عُدِمَ الأبُ وآباؤه ، فأولى الناس بتزويج المرأة ابْنُهَا ، ثم ابْنه بعده وإن
نَزَلَتْ دَرَجَتُهُ ، الأقْرَبُ فالأقْرَبُ منهم . وبه قال أصحابُ الرَّأْيِ . وقال الشافعيُّ : لا
ولاية للابن إلا أن يكون ابنَ عَمٍّ ، أو مَوْلَى ، أو حاكمًا ، فيلبي بذلك ، لا بالبنوة ؛ لأنه
ليس بمُناسِبٍ لها ، فلا يلي نكاحها كخالها ، ولأنَّ طَبْعَهُ يَنْفِرُ من تزويجها ، فلا يَنْظُرُ
لها . ولنا ، ما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنها ، / أَنَّهَا لَمَّا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، أُرْسِلَ إِلَيْهَا
رسولُ اللَّهِ ﷺ يَخْطُبُهَا ، فقالت : يا رسولَ اللَّهِ : ليس^(١) أحدٌ من أوليائي شاهدًا .
قال : « لَيْسَ مِنْ أَوْلِيائِكَ شَاهِدٌ »^(٢) وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ » . فقالت : قُمْ يَا عَمْرُو^(٣) ،
فَرُوجُ رسولِ اللَّهِ ﷺ . فَرُوجُهُ . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ^(٤) . قال الأثرمُ : قلتُ لأبي عبدِ اللَّهِ ،
فحديثُ عَمْرٍو^(٥) بنِ أُمِّ سَلَمَةَ ، حينَ تزَوَّجَ النَّبِيُّ ﷺ أُمَّهُ أُمَّ سَلَمَةَ ، أليس كان

(٦) في م : « ولتقدمه » .

(٧) في م : « في الميراث » .

(١) في الأصل زيادة : « لي » .

(٢) في ١ ، ب : « حاضر » .

(٣) في م : « عمرو » . وعمر ابنها .

(٤) في : باب إنكاح الابن أمه ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٦ ، ٦٧ .

كما أخرجه الحاكم ، في : باب أعظم النساء بركة أسهرن صداقا ، من كتاب النكاح . المستدرک ٢ / ١٧٨ ،
١٧٩ . والبيهقي ، في : باب الابن يزوجه إذا كان عصبه لها غير البنوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى
١٣١ / ٧ .

وأخرجه مسلم ، في : باب ما يقال عند المصيبة ، من كتاب الجنائز ، صحيح مسلم ٢ / ٦٣١ ، ٦٣٢ ،
مختصرًا .

صغيراً ؟ قال : وَمَنْ يَقُولُ كَانَ صَغِيرًا ، لَيْسَ فِيهِ بَيَانٌ . وَلَئِنَّ عَدْلَ مَنْ عَصَيْتَهَا ، فَتَبَّتْ^(٥) لَهُ وَلَايَةُ تَرْوِيجِهَا كَأَخِيهَا . وَقَوْلُهُمْ : لَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لَهَا . يَبْطُلُ بِالْحَاكِمِ وَالْمَوْلَى . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ طَبْعَهُ يَنْفَرُ مِنْ تَرْوِيجِهَا . قُلْنَا : هَذَا مُعَارَضٌ فِي الْفَرْعِ لَيْسَ لَهُ أَصْلٌ ، ثُمَّ يَبْطُلُ بِمَا إِذَا كَانَ ابْنُ عَمٍّ أَوْ مَوْلَى أَوْ حَاكِمًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى الْأَخِ وَمَنْ بَعْدَهُ . بَغِيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِوِلَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى مِنْهُ تَعْصِييًا ، وَقَدْ اسْتَوَيَا فِي عَدَمِ الْإِلَادِ .

١١٠٣ - مسألة ؛ قال : (ثُمَّ أَخُوهَا لِأَيِّهَا وَأُمُّهَا)

لا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي تَقْدِيمِ الْأَخِ بَعْدَ عُمُودِي النَّسَبِ ؛ لَكَوْنِهِ أَقْرَبَ الْعَصَبَاتِ بَعْدَهُمْ ، فَإِنَّهُ ابْنُ الْأَبِ ، وَأَقْوَاهُمْ تَعْصِييًا ، وَأَحَقُّهُمْ بِالْمِيرَاثِ .

١١٠٤ - مسألة ؛ قال : (وَالْأَخُ لِلْأَبِ مِثْلُهُ)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْأَخِ لِلْأَبَوَيْنِ وَالْأَخِ لِلْأَبِ إِذَا اجْتَمَعَا ، فَاْلْمَشْهُورُ عَنْهُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي الْوِلَايَةِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الْإِدْلَاءِ بِالْجِهَةِ الَّتِي تُسْتَفَادُ مِنْهَا الْعَصُوبَةُ ، وَهِيَ جِهَةُ الْأَبِ ، فَاسْتَوَيَا فِي الْوِلَايَةِ ، كَمَا لَوْ كَانَا مِنْ أَبٍ ، وَإِنَّمَا يُرْجَحُ الْآخَرُ^(١) فِي الْمِيرَاثِ بِجِهَةِ الْأُمِّ ، وَلَا مَدْخَلُ لَهَا فِي الْوِلَايَةِ ، فَلَمْ يُرْجَحْ بِهَا ، كَالْعَمَمَيْنِ أَحَدُهُمَا خَالَ ، وَابْنَى عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ مِنْ أُمٍّ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، الْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْلَى . وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي الْجَدِيدِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ يُسْتَفَادُ بِالتَّعَصُّيبِ ، فَقُدِّمَ فِيهِ الْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، كَالْمِيرَاثِ وَكَاسْتِحْقَاقِ الْمِيرَاثِ بِالْوِلَايَةِ ، فَإِنَّهُ لَا مَدْخَلَ لِلنِّسَاءِ فِيهِ ، وَقَدْ قُدِّمَ الْأَخُ لِلْأَبَوَيْنِ^(٢) فِيهِ . وَهَذَا يَبْطُلُ مَا ذَكَرْنَاهُ لِلرِّوَايَةِ الْأُولَى . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِي

(٥) فِي م : : نَبَتْ .

(١) فِي م : : الْأَخُ .

(٢) فِي م : : مِنَ الْأَبَوَيْنِ .

نَبِيّ الْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ وَبَيْنَهُمْ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ ابْنًا ^(٣) عَمٌّ لِأَبٍ ، أَحَدُهُمَا أَخٌ لَأُمٍّ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي التَّعْصِيبِ وَالْإِزْثِ بِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : فِيهِمَا مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا فِي ابْنِ عَمٍّ مِنْ أَبَوَيْنِ وَابْنِ عَمٍّ مِنْ أَبٍ ؛ لِأَنَّهُ يُرْجَحُ بِجِهَةِ أُمِّهِ . وَلَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ جِهَةَ أُمِّهِ يَرِثُ / بِهَا مُتَفَرِّدَةً ، وَمَا وَرِثَ بِهِ مُتَفَرِّدًا لَمْ يُرْجَحْ بِهِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يُرْجَحْ بِهِ فِي الْمِيرَاثِ بِالْوَلَايَةِ وَلَا فِي غَيْرِهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا اجْتَمَعَ ابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ ^(٤) وَابْنُ عَمٍّ لِأَبٍ ^(٥) هُوَ أَخٌ مِنْ أُمٍّ ، فَالْوَلَايَةُ لِابْنِ الْعَمِّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ عِنْدَ مَنْ يَرَى تَقْدِيمَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ .

٧/٧ ظ

١١٠٥ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (ثُمَّ أَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ الْعُمُومَةُ ، ثُمَّ أَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ عُمُومَةُ الْأَبِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْوَلَايَةَ بَعْدَ مَنْ ذَكَرْنَا تَتَرْتَّبُ عَلَى تَرْتِيبِ الْإِزْثِ بِالتَّعْصِيبِ ، فَأَحَقُّهُمْ بِالْمِيرَاثِ أَحَقُّهُمْ بِالْوَلَايَةِ ، فَأَوْلَاهُمْ بَعْدَ الْآبَاءِ بَنُو الْمَرْأَةِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ بَنُو أَبَائِهِمْ وَهُمْ الْإِخْوَةُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ بَنُو جَدِّهَا وَهُمْ الْأَعْمَامُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ بَنُو جَدِّ الْأَبِ وَهُمْ أَعْمَامُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ بَنُو جَدِّ الْجَدِّ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، وَعَلَى هَذَا لَا يَلِي بَنُو أَبٍ أَعْلَى مَعَ بَنِي أَبٍ أَقْرَبَ مِنْهُ وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُمْ ، وَأَوَّلَى وَلَدُ كُلِّ أَبٍ أَقْرَبُهُمْ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الْوَلَايَةِ عَلَى النَّظَرِ وَالشَّفَقَةِ ، وَذَلِكَ مُعْتَبَرٌ بِمَظْنَتِهِ ، وَهِيَ الْقَرَابَةُ ، فَأَقْرَبُهُمْ أَشْفَقُهُمْ . وَلَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ .

فصل : وَلَا وِلَايَةَ لِغَيْرِ الْعَصَبَاتِ مِنَ الْأَقَارِبِ ، كَالْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ، وَالْخَالَ ، وَعَمُّ ^(١) الْأُمِّ ، وَالْجَدُّ ^(٢) أَبَى الْأُمِّ وَنَحْوَهُمْ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَوَاضِعَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَإِخْدَى

(٣) فِي الْأَصْلِ : « ابْنِي » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، م : « مِنْ أَبَوَيْنِ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، م : « مِنْ أَبٍ » .

(١-٢) فِي الْأَصْلِ : « الْأَبُ وَالْجَدُّ » .

الروایتین عن أبی حنیفة . والثانية ، أن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي ؛ لأنه من أهل ميراثها ، فولّيتها كعصباتها . ولنا ، ما روى عن عليّ ، أنه قال : إذا بلغ النساء نصّ الحقائق^(٢) ، فالعصبة أولى^(٣) . إذا أدركن . رواه أبو عبيد ، في « العريب »^(٤) . ولأنه ليس من عصباتها فأشبهه الأجني .

١١٠٦ - مسألة ؛ قال : (ثم المولى المنعم ، ثم أقرب عصبته به)

لا خلاف نعلمه في أن المرأة إذا لم يكن لها عصبة من نسبها ، أن مولاهما يزوجهما ، ولا في أن العصبة^(١) المناسب أولى منه ، وذلك لأنه عصبة مولاته ، يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها ، فلذلك يزوجهما ، وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الإرث والعقل . فإن عدم المولى ، أو لم يكن من أهل الولاية ، كالمرأة والطفل والكافر ، فعصباته الأقرب منهم فالأقرب ، على ترتيب الميراث ، ثم مولى المولى ، ثم عصباته من بعده ، كالمراث سواء . فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه ، فالابن أولى ؛ لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب ، وإنما قدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته ، وهذا معدوم في أبي المعتق ، فرجع به إلى الأصل .

و٨/٧

١١٠٧ - مسألة ؛ قال : (ثم السلطان)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم ، في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عذليهم . وبه يقول مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي .

(٢) في ١ : « الحقائق » . وهما روايتان . وأصل النص : منتهى الأشياء وبلغ أقصاها . والحقاق ، هو المحاق ، أن تحاق الأم العصبه فبهن ، فنقول : أنا أحق . ويقولون : نحن أحق . غريب الحديث ٣ / ٤٥٧ ، ٤٥٨ . وفي حاشية ١ : « نص ، بفتح النون وتشديد الصاد . قال ابن المبارك : معناه إذا بلغت من سنّها المبلغ الذي يصلح أن يخاصم وتخاصم ، فالعصبة أولى من أمها ، والحقاق مصدر المحاق » .

(٣) في ب زيادة : « يعني » .

(٤) غريب الحديث ٣ / ٤٥٦ ، ٤٥٧ .

(١) في ب ، م : « عصبه » .

والأصل فيه قول النبي ﷺ : « فالسلطان ولي من لا ولي له »^(١) . ورَوَى أبو داود^(٢) ، بإسناده عن أم حبيبة ، أَنَّ النَّجَاشِيَّ زَوَّجَهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وكانت عنده . ولأنَّ للسلطان ولاية عامةً بدليل أنه يلي المال ، ويحفظ الضَّوَال ، فكانت له الولاية^(٣) في النِّكاح كالأب .

فصل : والسلطان ههنا هو الإمام ، أو الحاكم ، أو مَنْ فَوْضًا إليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحمد في والي البلد ، فقال في موضع : يُزَوَّجُ والي البلد . وقال في الرُّسْتاق^(٤) يكون فيه والي وليس فيه قاضٍ : يُزَوَّجُ إذا احتاط لها في المهر والكف ، أرجو أن لا يكون به بأس ؛ لأنه ذو سلطان ، فيَدْخُلُ في عموم الحديث . وقال في موضع آخر ، في المرأة إذا لم يكن لها ولي : فالسلطان المُسَلِّطُ على الشيء ؛ القاضي يَقْضِي في الفُرُوج والحدود والرجم ، وصاحب الشرطة إنما هو مُسَلِّطُ في الأدب والجباية^(٥) . وقال : ما للوالي وذا^(٦) ! إنما هو إلى القاضي . وتأول القاضي الرواية الأولى على أن الوالي أذن له في التزويج . ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ جَعَلَ له ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاضٍ ، فكأنه قد فَوَّضَ إليه النظر فيما يحتاج إليه في ولايته ، وهذا منها .

فصل : وإذا استولى أهل البغي على^(٧) بلد ، جرى حُكْمُ سُلْطَانِهِمْ وقاضيه في ذلك مَجْرَى الإمام وقاضيه ؛ لأنه أُجْرِيَ مُجْرَاهُ في قَبْضِ الصَّدَقَاتِ والجِزْيَةِ والخَرَاجِ والأحكام ، فكذلك في هذا .

فصل : واختلفت الرواية في المرأة تُسَلِّمُ على يد رجل ، فقال في موضع : لا يكون ولياً

(١) تقدم تخريجه في : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .

(٢) تقدم تخريجه في : ٧ / ١٩٩ .

(٣) في ١ ، ب ، م : ولاية .

(٤) الرستاق : السواد والقرى .

(٥) في ١ ، ب ، م : والجباية .

(٦) في م : ولاية .

(٧) في ب ، م : في .

لها ، ولا يُزَوِّجُ حَتَّى ^(٨) يَأْتِيَ السُّلْطَانُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ عَصِيَّتِهَا ^(٩) ، وَلَا يَفْعَلُ عَنْهَا ، وَلَا يَرْتُهَا ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى ^(١٠) ، فِي امْرَأَةٍ أَسْلَمَتْ عَلَى يَدِ ^(١١) رَجُلٍ : يُزَوِّجُهَا هُوَ . وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ^(١٢) أَنَّهُ لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ حَتَّى يَأْتِيَ السُّلْطَانُ . وَعَنِ الْحَسَنِ أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بِأَسَأَ أَنْ يُزَوِّجَهَا نَفْسَهُ . ^(١٣) وَذَلِكَ لَمَّا ^(١٤) رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١٥) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ تَمِيمِ الدَّارِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا السُّنَّةُ فِي الرَّجُلِ يُسَلِّمُ عَلَى يَدِ الرَّجُلِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ؟ قَالَ : / « هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ » . إِلَّا أَنْ هَذَا الْحَدِيثُ ضَعَّفَهُ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : رَأَوِيهِ ^(١٥) عَبْدُ الْعَزِيزِ — يَعْنِي ابْنَ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ — وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْحِفْظِ وَالْإِثْقَانِ .

فصل : فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لِلْمَرْأَةِ وَلِيُّ وَلَا ذُو سُلْطَانٍ ، فَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُزَوِّجُهَا رَجُلٌ عَدْلٌ بِإِذْنِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي دُهْقَانٍ ^(١٦) قَرْيَةٍ : يُزَوِّجُ مِنْ لَا ^(١٧) وَلِيَّ لَهَا إِذَا اخْتَلَطَ لَهَا فِي الْكُفِّ وَالْمَهْرِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الرُّسْتَقِ قَاضٍ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : أَخَذَ قَوْمٌ مِنْ أَصْحَابِنَا مِنْ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَقِفُ عَلَى وَلِيٍّ . قَالَ : وَقَالَ الْقَاضِي : تُصَوِّصُ ^(١٨) أَحْمَدُ تَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا الْقَوْلَ مُخْتَصٌّ بِحَالِ عَدَمِ الْوَلِيِّ وَالسُّلْطَانِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الرُّسْتَقِ قَاضٍ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْوَلِيِّ هُنَا يَمْنَعُ النِّكَاحَ

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : « عصباتها » .

(١٠) في الأصل : « حرب » .

(١١) في ب : « يدي » .

(١٢) في م : « مسعود » .

(١٣-١٤) في م : « ولما » .

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٤ .

(١٥) في أ ، ب ، م : « رواية » .

(١٦) الدهقان : زعيم فلاحى المعجم .

(١٧) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٨) في م : « منصوص » .

بالْكُلِّيَّةِ ، فلم يَجْزُ ، كاشتراطِ المُنَاسِبِ في حَقِّ مَنْ لا مُنَاسِبَ لها . وَرَوَى أَنَّهُ لا يَجُوزُ النِّكَاحُ إِلَّا بِوَلِيِّ ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ فِيهِ .

١١٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَوَكِيلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا)

وجملة ذلك أَنَّهُ يجوزُ التَّوَكُّيلُ في النِّكَاحِ ، سواءَ كانَ الولِيُّ حاضِرًا أو غائِبًا ، مُجْبَرًا أو غيرَ مُجْبَرٍ ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّ^(١) النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ أَبَا رَافِعٍ في تَرْوِيحِهِ مَيْمُونَةَ ، وَوَكَّلَ عَمْرُو بْنُ أُمَيَّةَ في تَرْوِيحِهِ أُمَّ حَبِيبَةَ^(٢) . وَلَئِنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَجَازَ التَّوَكُّيلُ فِيهِ كَالْبَيْعِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ في تَوْكِيلِ غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَجِهَانٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، لا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَلِي بِالِإِذْنِ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّوَكُّيلُ لَهُ ، كَالْوَكِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَلِي شَرْعًا ، فَكَانَ لَهُ التَّوَكُّيلُ كَالْأَبِ ، وَلا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَلِي بِالِإِذْنِ . فَإِنَّ وِلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ قَبْلَ إِذْنِهَا ، وَإِنَّمَا إِذْنُهَا شَرْطٌ لَصِحَّةِ تَصَرُّفِهِ ، فَأَشْبَهَ وِلَايَةَ الْحَاكِمِ عَلَيْهَا ، وَلا خِلَافَ في أَنَّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَنْيِبَ في التَّرْوِيحِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمَرْأَةِ ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ لا وِلَايَةَ لَهَا عَلَى نَفْسِهَا ، فَكَيْفَ تُنْيِبُ^(٣) لِنَائِبِهَا مِنْ قَبْلِهَا !

فصل : ويجوزُ التَّوَكُّيلُ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ، فالْمُقَيَّدُ التَّوَكُّيلُ في تَرْوِيحِ رَجُلٍ بَعِيْنِهِ . وَالْمُطْلَقُ^(٤) التَّوَكُّيلُ في تَرْوِيحِ مَنْ يَرْضَاهُ أَوْ مِنْ مَنْ^(٥) شَاءَ^(٦) . قالَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، في

(١) في م : عن .

(٢) في م زيادة : أنه .

(٣) تقدم حديث أبي رافع في : ٥ / ١٦٣ . وحديث عمرو بن أمية ، في : ٧ / ١٩٧ ، وصفيحة ٣٥٧ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل زيادة : في .

(٦) سقط من : أ ، ب .

(٧) في م : يشاء .

رواية عبد الله ، في الرَّجُلِ يُؤَلَّى على أُخْتِهِ أو ابنته^(٨) ، يقول : إذا وَجَدْتَ مَنْ تُرْضَاهُ فَرُؤُجُهُ^(٩) . فَتَزْوِجُهُ جائزٌ . وَمَنَعَ بعضُ الشافعية التَّوَكِيلَ الْمُطْلَقَ . ولا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ رَوَى أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْعَرَبِ تَرَكَ ابْنَتَهُ عِنْدَ عَمَرٍ ، وقال : إذا وَجَدْتَ لَهَا كُفُوًا فَرُؤُجُهُ إِيَّاهَا ، ولو بِشِرَاكِ نَعْلِهِ . فَرُؤُجُهَا عَمْرٌ^(١٠) عثمان بن عفان ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَهِيَ أُمُّ عَمْرِ^(١١) بن عثمان^(١٢) . واشْتَهَرَ / ذلك فلم يُنْكَرْ ، ولأنَّهُ إِذْنٌ فِي النِّكَاحِ ، فجاز مُطْلَقًا ، كإِذْنِ الْمَرْأَةِ ، أو عَقْدَ فِجَازِ التَّوَكِيلِ فِيهِ مُطْلَقًا . والله أعلم .

فصل : ولا يُعْتَبَرُ فِي صِحَّةِ الْوَكَالَةِ إِذْنُ الْمَرْأَةِ فِي التَّوَكِيلِ ، سواءَ كَانَ الْمُوَكَّلُ أَبًا أَوْ غَيْرَهُ . ولا يَفْتَقَرُ إِلَى حُضُورِ شَاهِدَيْنِ . وقال بعضُ الشافعية : لا يجوزُ لغيرِ الْمُجْبِرِ التَّوَكِيلَ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَرْأَةِ . وَخَرَجَهُ الْقَاضِي عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي تَوَكِيلِ الْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ . وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لِحِلِّ الْوَطْءِ ، فَافْتَقَرَ إِلَى الشَّهَادَةِ ، كَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذْنٌ مِنَ الْوَلِيِّ فِي التَّزْوِيجِ ، فَلَمْ يَفْتَقَرْ إِلَى إِذْنِ الْمَرْأَةِ ، وَلَا إِلَى إِشْهَادٍ ، كإِذْنِ الْحَاكِمِ . وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْوَلِيَّ لَيْسَ بِوَكِيلٍ لِلْمَرْأَةِ^(١٣) ، وَهَذَا التَّوَكِيلُ لَا يَمْلِكُ بِهِ الْبُضْعُ ، فَلَمْ يَفْتَقَرْ إِلَى إِشْهَادٍ ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ . وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرَهُ الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ بِالتَّسَرُّي .

فصل : وَيُثْبِتُ لِلْوَكِيلِ مِثْلُ^(١٤) مَا يُثْبِتُ^(١٥) لِلْمُوَكَّلِ . وَإِنْ كَانَ لِلْوَلِيِّ الْإِجْبَارُ ثَبَتَ

(٨) في ب ، م : « وابنته » .

(٩) في م : « فزوجها » .

(١٠) في م زيادة : « من » .

(١١) في أ ، ب ، م : « عمرو » . ولعل الصواب ما في الأصل ، فإن عمرا كان أكبر ولد عثمان الذين أعقبوا . انظر

ترجمة عمر وعمرو ابنا عثمان في تهذيب التهذيب ٧ / ٤٨١ ، ٨ / ٧٨ .

(١٢) لم نجده ، وانظر : إرواء الغليل ٦ / ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

(١٣) في أ : « المرأة » .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في ب : « ثبت » .

ذلك لو كيله . وإن كانت ولايته ولاية مراجعة ، احتاج الوكيل^(١٦) إلى إذنها ومراجعتها ؛ لأنه نائب فيثبت^(١٧) له مثل ما ثبت^(١٨) لمن يتوب عنه . وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج ، فيكون المأذون له قائما مقامه .

فصل : واختلفت الرواية عن أحمد ، رحمه الله ، هل تستفاد ولاية^(١٩) النكاح بالوصية ؟ فروى أنها تستفاد بها . وهو اختيار الخرقي ؛ لقوله : أو وصى ناظرا^(٢٠) له في التزويج . وهو قول الحسن ، وحماد بن أبي سليمان ، ومالك . وعنه لا تستفاد بالوصية . وبه قال الثوري ، والشعبي ، والشافعي ، والشافعي ، وابن المنذر ؛ لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعا ، فلم يجوز أن يوصى بها كالحضانة ، ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها ، فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ، ولأنها ولاية نكاح ، فلم تجز الوصية بها ، كولاية الحاكم . وقال أبو عبد الله ابن حامد : إن كان لها عصبية ، لم تجز الوصية بنكاحها ؛^(٢١) لأنه يسقط حقهم بوصيته^(٢٢) ، وإن لم يكن عصبية ، جاز لعدم ذلك . ولنا ، أنها ولاية ثابتة للأب ، فجازت وصيته بها ، كولاية المال ، ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته ، فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته ، فجاز أن يستنيب فيها ، كولاية المال . وما ذكره يبطال بولاية المال . فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية إليه في المال ؛ / لأنها إحدى الولاياتين ، فلم يملكها بالوصية^(٢٣) إليه في المال^(٢٤) ، كالوصية^(٢٥) الأخرى ، قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح .

٩/٧ ط

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل ، ب : « ثبت » .

(١٨) في ١ : « ثبت » .

(١٩) في م : « الولاية في » .

(٢٠) في الأصل ، ب : « ناظر » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٢٣) سقط من : ١ .

فصل : فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى ولاية ، سواء كان مُجبراً كالأب ، أو غير مُجبر كغيره ، ووصى كل ولي يقوم مقامه ، فإن كان الولي له الإيجاب فكذلك^(٢٤) لوصيه^(٢٥) . وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه^(٢٦) كذلك ؛ لأنه قائم^(٢٧) مقامه ، فهو كالوكيل . وقال مالك : إن عين الأب الزوج ، ملك الوصى إجباراً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن لم يعين الزوج ، وكانت ابنته كبيرة ، صحت الوصية ، واعتبر إذنها ، وإن كانت صغيرة ، انتظرنا بلوغها ، فإذا أذنت ، جاز أن يزوجه بإذنها . ولنا ، أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ، ملك مع الإطلاق ، كالوكيل ، ومتى زوج وصى^(٢٨) الأب الصغيرة فبلغت ، فلا خيار لها ؛ لأن الوصى قائم مقام الموصى ، فلم يثبت في تزويجه خيار ، كالوكيل .

١١٠٩ - مسألة ؛ قال : (وإذا كان الأقرب من عصيتها طفلاً أو كافراً أو عبداً ، زوجها الأبعد من عصيتها)

وجملة ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبداً ولا كافراً على مسلمة بحال ، فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم ، فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا . وتعتبر لثبوت الولاية لمن سميتا ستة شروط ؛ العقل ، والحرية ، والإسلام ، والذكورية ، والبلوغ ، والعدالة ، على اختلاف نذكره . فأما العقل ، فلا خلاف في اعتباره ؛ لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ، ولا

(٢٤) في الأصل : « فذلك » .

(٢٥) في ١ ، م : « وصية » .

(٢٦) في ١ ، م : « فوصيها » .

(٢٧) في م : « يقوم » .

(٢٨) في م : « وكيل » .

يَلِي نَفْسَهُ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى ، وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَنْ لَا عَقْلَ لَهُ لَصِغَرِهِ كَطِفْلِ (١) ، أَوْ مَنْ (٢) ذَهَبَ عَقْلُهُ بِجُنُونٍ أَوْ كِبَرٍ ، كَالشَّيْخِ إِذَا أَفْتَدَ (٣) . قَالَ الْقَاضِي : وَالشَّيْخُ الَّذِي قَدْ ضَعُفَ لِكِبَرِهِ (٤) ، فَلَا يَعْرِفُ مَوْضِعَ الْحِظِّ (٥) لَهَا ، لَا وَلَايَةَ لَهُ . فَأَمَّا الْإِغْمَاءُ فَلَا يُزِيلُ الْوَلَايَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُزُولُ عَنْ قُرْبٍ ، فَهُوَ كَالنُّوْمِ ، وَلِذَلِكَ لَا تَثْبُتُ الْوَلَايَةُ عَلَيْهِ ، وَيجوزُ عَلَى الْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ . وَمَنْ كَانَ يُجَنُّ فِي الْأَحْيَانِ لَمْ تُزَلَّ وَلَايَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَدِيمُ زَوَالَ عَقْلِهِ ، فَهُوَ كَالْإِغْمَاءِ . الشَّرْطُ الثَّانِي ، الْحُرِّيَّةُ ، فَلَا وَلَايَةَ لِعَبْدٍ فِي قَوْلِ جَمَاعَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَإِنَّ الْعَبْدَ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَعَلَى غَيْرِهِ أَوْلَى . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجَهَا الْعَبْدُ بِإِذْنِهَا ، بِنَاءً مِنْهُمْ (٦) عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ تُزَوِّجُ نَفْسَهَا . وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ .

الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، الْإِسْلَامُ ، / فَلَا يَثْبُتُ لِكَافِرٍ وَلَايَةَ عَلَى مُسْلِمَةٍ . وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ

أَيْضًا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَامَّةُ مَنْ تَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا . قَالَ أَحْمَدُ : بَلَعْنَا أَنَّ عَلِيًّا أَجَازَ نِكَاحَ أَخٍ (٧) ، وَرَدَّ نِكَاحَ الْأَبِ وَكَانَ نَصْرَانِيًّا . الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، الذُّكُورِيَّةُ شَرْطٌ لِلْوَلَايَةِ فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهَا الْكَمَالُ ، وَالْمَرْأَةُ نَاقِصَةٌ قَاصِرَةٌ ، تَثْبُتُ الْوَلَايَةُ عَلَيْهَا لِقُصُورِهَا عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهَا ، (٨) فَلِأَنَّ لَا (٩) تَثْبُتُ لَهَا وَلَايَةَ (١٠) عَلَى غَيْرِهَا أَوْلَى . الشَّرْطُ الْخَامِسُ ، الْبُلُوغُ شَرْطٌ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا يُزَوِّجُ الْغُلَامُ حَتَّى يَحْتَلِمَ ، لَيْسَ لَهُ أَمْرٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ الثَّوْرِيُّ وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ عَشْرًا

١٠/٧

(١) سقط من : الأصل . وفي ا ، ب : « كالطفل » .

(٢) في الأصل ، م : « ومن » .

(٣) أفند : ضعف رأيه من الهرم .

(٤) في الأصل ، ا : « لكبر » .

(٥) في م : « الحفظ » .

(٦) سقط من : م .

(٧) في م : « الأخ » .

(٨-٩) في ا ، ب ، م : « فلا » .

(٩) سقط من : الأصل .

رَوْجَ ، وَتَزَوَّجَ ، وَطَلَّقَ ، وَأَجِيزَتْ وَكَالَتْهُ ^(١٠) فِي الطَّلَاقِ ^(١١) . وَهَذَا يَخْتِمُ لَهُ كَلَامُ
الْخِرَقِيِّ ؛ لِتَحْصِيصِهِ الْمَسْلُوبَ الْوِلَايَةَ بِكَوْنِهِ طِفْلاً ، وَوَجْهَ ذَلِكَ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَوَصِيَّتُهُ
وَطَّلَاقُهُ ^(١٢) ، فَتَبَيَّنَتْ ^(١٣) لَهُ الْوِلَايَةُ ^(١٤) كَالْبَالِغِ . وَالْأَوَّلُ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَهُوَ
الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ يُعْتَبَرُ لَهَا كَمَالُ الْحَالِ ، لِأَنَّهَا ^(١٥) تُنْفِذُ التَّصَرُّفَ ^(١٦) فِي حَقِّ غَيْرِهِ
اعْتَبِرَتْ نَظَرًا لَهُ ، وَالصَّبِيُّ مُوَلَّى عَلَيْهِ لِقُصُورِهِ ، فَلَا تُثَبِّتُ لَهُ الْوِلَايَةُ ، كَالْمَرْأَةِ . الشَّرْطُ
السَّادِسُ ، الْعَدَالَةُ . وَفِي كَوْنِهَا شَرْطًا رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ شَرْطٌ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَ
الْقَاضِي مِثْلَ ابْنِ الْحَلْبِيِّ وَابْنِ الْجَعْدِيِّ ^(١٧) اسْتَقْبَلَ النِّكَاحَ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ أَفْسَدَ النِّكَاحَ
لَا تَنْفَاءَ عَدَالَةُ الْمُتَوَلَّى ^(١٨) لَهُ ^(١٩) . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا نِكَاحَ إِلَّا ^(٢٠) بِشَاهِدَيْنِ عَدِلٍ وَوَلِيِّ مُرْشِدٍ ^(٢١) . قَالَ أَحْمَدُ :
أَصَحُّ شَيْءٍ فِي هَذَا قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَقَدْ رُوِيَ - يَعْنِي ^(٢٢) عَنْ ^(٢٣) ابْنِ عَبَّاسٍ - قَالَ : قَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدِلٍ . وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَهَا وَلِيُّ مَسْخُوطٌ
عَلَيْهِ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » ^(٢٤) . وَرَوَى ^(٢٥) أَبُو بَكْرٍ ^(٢٦) الْبَرْقَانِيُّ بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرٍ قَالَ :

(١٠-١١) سقط من : م .

(١٢) في م : « في طلاقه » .

(١٣) في ب ، م : « ثبت » .

(١٤) سقط من : أ .

(١٥-١٦) في م : « تنقيد بالتصرف » .

(١٧) في الأصل : « الجعد » ، ولعلهما مثلاً لقضاة غير عدول في زمنه .

(١٨) في ب ، م : « المولى » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠-٢١) في م : « بولي مرشد وشاهدي عدل » .

وأخرجه البيهقي ، في : باب لا نكاح إلا بولي مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٦ .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣) أخرجه الدارقطني ، في كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢١ ، ٢٢٢ . والبيهقي ، في : باب لا نكاح إلا

بولي مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٤ .

(٢٤) في م زيادة : « عن » .

(٢٥) في م : « أبي بكر » .

قال رسول الله ﷺ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ ، وشَاهِدَيْنِ عَدِلٍ »^(٢٣) . ولأنَّها ولايةٌ نظريَّةٌ ، فلا يَسْتَبْدُّ بها الفاسِقُ ، كولايةِ المالِ . والروايةُ الأخرى ، ليست بشرطٍ . نقل مُثنَّى بن جامع ، أنَّه سأل أحمدَ : إذا تزَّوجَ بوليٍّ فاسِقٍ^(٢٤) ، وشهُودٍ غيرِ^(٢٥) عدولٍ ؟ فلم يرَ أنَّه يفسدُ من النكاحِ شيءٌ ، وهذا ظاهرُ كلامِ الحِرَقِيِّ ؛ لأنَّه ذَكَرَ الطِّفْلَ والعبدَ والكافرَ ، ولم يذكرِ الفاسقَ . وهو قول مالِكٍ ، وأبى حنيفةً ، وأحدُ قولَي الشافعيِّ ؛ لأنَّه يُلَيِّ نِكَاحَ نَفْسِهِ ، فتَبَثُّ له الولايةُ على غيره ، كالعدلِ^(٢٦) ، ولأنَّ سَبَبَ الولايةِ القرابةُ ، وشرطُها / النَّظَرُ ، وهذا قَرِيبٌ ناظِرٌ ، فيلَي كالعدلِ .

١٠/٧ ط

فصل : ولا يُشترطُ أن يكونَ بصيرًا ؛ لأنَّ شُعَيْبًا ، عليه السلامُ ، زَوَّجَ ابنتَهُ وهو أَعْمَى ، ولأنَّ المقصودَ في النكاحِ يُعرَفُ بالسَّماعِ والاستِفاضةِ ، فلا يفتَقِرُ إلى النَّظَرِ . ولا يُشترطُ كونه ناطقًا ، بل يجوزُ أن يَلَيَّ الأخرسُ إذا كان مَفْهُومَ الإشارةِ ؛ لأنَّ إشارتهُ تقومُ مقامَ نُطْقِهِ في سائرِ العُقودِ والأحكامِ ، فكذلك في النكاحِ .

فصل : ومن لم تثبُتْ له الولايةُ ، لا^(٢٧) يصحُّ توكُّيلُهُ ؛ لأنَّ وكيْلَهُ نائبٌ عنه وقائمٌ مقامه . وإن وكلَّه الوليُّ في تزويجِ مُوَلَّيَّتِهِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّها ولايةٌ ، وليس هو من أهلِها ، ولأنَّه لَمَّا لم يَمْلِكْ تزويجَ مُناسِبَتِهِ بولايةِ النَّسَبِ ، فلا نَّ لا يَمْلِكُ تزويجَ مُناسِبَةِ غيره بالتوكُّيلِ أوْلَى . وَيَحْتَمِلُ أن يصحَّ توكُّيلُ العبدِ والفاسقِ والصبيِّ المُمَيِّزِ في العَقْدِ ؛

= وهو أبو بكر أحمد بن محمد بن أحمد البقائي الفقيه المحدث الأديب ، صاحب التصانيف المشهورة ، توفي سنة خمس وعشرين وأربعمائة . الباب ١ / ١١٣ .
(٢٣) أورده الهيثمي ، في : باب ما جاء في الولي والشهود ، من كتاب النكاح . مجمع الزوائد ٤ / ٢٨٦ . ولم يورد فيه لفظ : « مرشد » .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) في م : « كالعدل » .

(٢٧) في م : « لم » .

لأنهم من أهل اللَّفْظِ بِالْعَقْدِ ، وعِبَارَتُهُمْ فِيهِ صَحِيحَةٌ ، ولذلك صَحَّ قَبُولُهُمُ النِّكَاحَ لأنفُسِهِمْ ، وإِنَّمَا سُلِبُوا الْوَلَايَةَ أَنْفُسَهَا ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ لَهَا الْكَمَالُ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ فِي اللَّفْظِ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ وَكَّلَهُ الزَّوْجُ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ لَهُ ، أَوْ وَكَّلَهُ الْأَبُ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ طَرَفِي الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَجْزُ تَوْكِيلُهُ فِيهِ كَالْإِجَابِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ تَوْكِيلِ مَنْ ذَكَرْنَا فِيهِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِهِ ، وَيَصِحُّ قَبُولُهُمُ النِّكَاحَ لأنفُسِهِمْ ، فَجَازَ أَنْ يَتَوَبَّعُوا فِيهِ عَنْ غَيْرِهِمْ ، كَالْبَيْعِ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي الْعَيْدِ (٢٨) .

١١١٠ - مسألة ؛ قال : (وَيُزَوِّجُ أُمَّةَ الْمَرْأَةِ بِإِذْنِهَا مَنْ يُزَوِّجُهَا)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ يُزَوِّجُ أُمَّةَ الْمَرْأَةِ ، فَرَوَى عَنْهُ ، أَنَّهُ يَلِي نِكَاحَهَا (١) وَلِي سَيِّدَتِهَا (٢) . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الدَّلِيلِ كَوْنُ الْوَلَايَةِ لَهَا ، فَامْتَنَعَتْ فِي حَقِّهَا لِقُصُورِهَا ، فَتَثَبُّتْ لِأَوْلِيَائِهَا ، كَوَلَايَةِ نَفْسِهَا ، وَلَأنَّهُمْ يَلُونَهَا لَوَعْتَقَتْ ، فَفِي حَالِ رِقِّهَا أَوْلَى . ثُمَّ إِنْ كَانَتْ سَيِّدَتُهَا رَشِيدَةً ، لَمْ يَجْزُ تَزْوِيجُ أُمَّتِهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا مَالِيَا ، وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِ رَشِيدٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيُعْتَبَرُ نَظْفُهَا بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَتْ بَكْرًا ؛ لِأَنَّ صُمَاتِهَا إِنَّمَا اكْتَفَى بِهِ فِي تَزْوِيجِ نَفْسِهَا لِحَايَائِهَا ، وَلَا تَسْتَحْيِي مِنْ تَزْوِيجِ أُمَّتِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ سَفِيهَةً ، وَلَوْلِئِهَا وَلَايَةٌ عَلَى مَالِهَا ، فَلَهُ تَزْوِيجُ أُمَّتِهَا ، إِنْ كَانَ الْحَظُّ فِي تَزْوِيجِهَا ، وَإِلَّا فَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجُهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي أُمَّةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ (٣) . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : لَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَغْرِيرًا بِمَالِ الصَّغِيرَةِ (٤) ؛ لِأَنَّهُمَا رُبَّمَا حَمَلَتْ قَتْلَفت . وَلَنَا ، / أَنَّ لَهُ التَّصَرُّفَ بِمَا فِيهِ الْحَظُّ ، وَالتَّزْوِيجُ هَا هُنَا فِيهِ الْحَظُّ ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيهِ ، فَجَازَ ، كَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ

١١١٧

(٢٨) فِي م : الْعِدَّة .

(١-١) فِي م : وَآلِي سَيَادَتِهَا .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي ١ ، ب ، م : الصَّغِيرِ .

الجائزة ، واحتمال الخطر^(٤) مزجوج بما^(٥) فيه من تحصيل مهرها ، وولدها ، وكفاية مؤنتها ، وصيانتها عن الزنى الموجب للحد في حقها ، ونقص^(٦) قيمتها ، والمزجوج كالمعدوم . وإن كان وليها في مالها غير ولي^(٧) تزويجها ، فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج ؛ لأنه هو المتصرف في المال ، وهي مال . والرواية الثانية ، أن للمرأة أن تولي أمر أمته رجلاً يزوجه . نقلها عن أحمد جماعة ؛ لأن سبب الولاية الملك ، وقد تحقق في المرأة ، وامتنعت المناشرة^(٨) لتقصي الأثوة ، فملك التوكيل ، كالرجل المريضي والغائب . ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة ، وهو أن سيدها تزوجه ، فإنه قيل له : تزوج أمته ؟ قال : قد قيل ذلك ، هي مالها . وهذا يحتمل أنه ذهب إليه . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنها مالكة لها ، ولايتها تامّة عليها ، فملك تزويجها ، كالسيد ، ولأنها تملك بيعها وإجارتها ، فملك تزويجها ، كسيدها ، ولأن الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية ، وصيانة لحظ الأولياء في تحصيلها ، فلا تثبت عليها الولاية في أمته ؛ لعدم اعتبار الكفاية ، وعدم الحق للأولياء فيها . ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب^(٩) غيره ، فإنه قد^(١٠) قال في سياقها : أحب إلي أن تأمر^(١١) من يزوجه^(١٢) ؛ لأن النساء لا يعقدن . وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لا تنكح المرأة المرأة »^(١٣) . وقالت عائشة ، رضي الله عنها : زوجوا ، فإن

(٤) في ا ، م : « الحظ » .

(٥) في ا ، م : « لما » .

(٦) في م : « وبعض » .

(٧) في ا ، م ، نهادة : « في » .

(٨) المناشرة : مفاعلة من النشوز ، وهو الامتناع والعصيان .

(٩) في ا ، م : « بمذهب » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

(١١-١٢) في ا ، ب ، م : « زوجها » .

(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٣ .

النِّسَاء لَا يُزَوِّجَنَّ ، وَاعْقِدُوا ، فَإِنَّ النِّسَاءَ لَا يَنْعَقِدَنَّ^(١٣) . وَلَئِنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَمْلِكُ أَنْ تُزَوِّجَ نَفْسَهَا ، فَغَيْرَهَا أَوْلَى .

١١١١ - مسألة ؛ قال : (وَيُزَوِّجُ مَوْلَاهَا مَنْ يُزَوِّجُ أُمَّتَهَا)

يعنى عَتِيقَتَهَا . وهذه فيها روايتان ؛ إحداها ، أَنَّ لِمَوْلَاهَا التَّوَكُّلَ فِي تَزْوِيجِهَا رَجُلًا ؛ لِأَنَّهَا عَصَبَتُهَا ، وَتَرْثُهَا بِالتَّعْصِيبِ ، فَأُشْبِهَتْ الْمُعْتِقَ^(١) . والثانية ، وَلِئِنَّ سَيِّدَتَهَا وَلِئِنَّهَا . وهى الأصْحَحُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ وِلَايَةٌ لِنِكَاحِ^(٢) حُرَّةٍ ، وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ إِلَى عَصَبَاتِهَا^(٣) ، لِأَنَّهُمُ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ عَنْهَا ، وَيَرْثُونَهَا بِالتَّعْصِيبِ عِنْدَ عَدَمِ سَيِّدَتِهَا ، فَكَانُوا أَوْلِيَاءَهَا ، كَمَا لَوْ تَعَذَّرَ عَلَى الْمُعْتِقِ تَزْوِيجُ مُعْتَقَتِهِ لَمَوْتِ أَوْ جُنُونِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِذَا انْقَرَضَ الْعَصْبَةُ مِنَ النَّسَبِ ، وَلِئِنَّ الْمَوْلَى الْمُعْتِقُ ثُمَّ عَصَبَاتُهُ^(٤) مِنْ بَعْدِهِ ، الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبِ ، كَذَا هُنَا ، إِلَّا أَنَّ ظَاهَرَ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ / هُنَا تَقْدِيمُ أُمِّي^(٥) الْمُعْتَقَةِ عَلَى ابْنِهَا ، لِأَنَّهُ الَّذِي يُزَوِّجُهَا . وَذَكَرْنَا نَحْنُ خِلَافَ هَذَا . وَيُعْتَبَرُ^(٦) فِي وِلَايَتِهِ^(٧) شَرْطَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَدَمُ الْعَصْبَةِ مِنَ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّ الْمُنَاسِبَ أَقْرَبُ مِنَ الْمُعْتِقِ ، وَأَوَّلَى مِنْهُ . وَالثَّانِي ، إِذْنُ الْمَرْوُوجَةِ^(٨) ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ ، وَلَيْسَتْ لَهُ وِلَايَةُ إِجْبَارٍ ، فَإِنَّهُ أَبْعَدُ الْعَصَبَاتِ ،

و ١١/٧

(١٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لانكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢٨ . والبيهقى ، فى : باب لانكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١١٠ .

(١) فى الأصل ، ا ، م : « العتق » .

(٢) فى ا ، م : « النكاح » .

(٣) فى ا ، م : « عصبته » .

(٤) فى الأصل ، م : « عصبته » .

(٥) فى م زيادة : « حنيفة » خطأ .

(٦) فى الأصل : « وبصير » .

(٧) فى م : « ولاته » .

(٨) فى م : « الزوجة » .

ولا يفتقر إلى إذن مولايها ؛ لأنها لا ولاية لها ولا ملك ، فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد^(٩) .

فصل : وإذا كان للأمة مؤلى ، فهو وليها ، وإن كان لها مؤليان ، فالولاية لهما ، وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه ؛ لأنه لا يملك إلا نصفها . وإن اشتجرا لم يكن للسلطان أن يتوب عنهما ؛ لأن تزويجها تصرف في المال ، بخلاف الحرّة ، فإن نكاحها حق لها ، ونفعه عائدها إليها ، ونكاح الأمة حق لسيدّها ، ونفعه^(١٠) عائدها إليه ، فلم^(١١) ينب السلطان^(١٢) عنه فيه . فإن أعتقها^(١٣) ولها عصبّة مناسبة ، فهو أولى منهما ، وإن لم يكن لها عصبّة ، فهما وليّاهما ، ولا يستقل أحدهما بالتزويج ؛ لأن ولايته على نصفها . فإن اشتجرا^(١٤) أقام الحاكم مقام الممتنع منهما ؛ لأنها^(١٥) صارت حرّة ، وصار نكاحها حقا لها . وإن كان المعتق أو المعتقة واحدا ، وله عصبّتان^(١٥) في درجة واحدة ، كالابنتين أو الأخوين ، فلا أحدهما الاستقلال بتزويجها ، كما يملك تزويج سيّدتها .

١١٢ - مسألة ؛ قال : (ومن أراد أن يتزوج امرأة هو وليها ، جعل أمرها إلى رجل يُزوجها منه بإذنها^(١)) .

وجملته أن ولي المرأة التي يحلّ له نكاحها ، وهو ابن العم ، أو المؤلى أو الحاكم ، أو

(٩) في حاشية ١ : « وذكر الشيخ محي الدين ، في البلغة ، أن الصحيح في المعتقة أنها تستأذن أيضا ، خلافا لما نقله الشيخ هنا . أعنى في إذن المعتق بكسر القاف » . ولعل الصواب « بكسر التاء » .

(١٠) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

(١١-١٢) في م : « ثبت للسلطان ولاية » .

(١٢) في م : « أعتقها » .

(١٣) في م نهادة : « أمام الحاكم » .

(١٤) في ب ، م : « لأنها » .

(١٥) في ا ، ب ، م : « عصبات » .

(١) سقط من : م .

السلطان، إذا أدنت له أن يتزوجها^(٢)، فله ذلك، وهل له أن يلي^(٣) طرفي العقد بنفسه؟ فيه روايتان؛ إحداهما، له ذلك. وهو قول الحسن، وابن سيرين، وربيعه، ومالك، والثوري، وأبي حنيفة، وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لما روى البخاري^(٤)، قال: قال عبد الرحمن بن عوف، لأُم حكيم ابنة قاريظ: أتجعلين أمركِ إلي؟ قالت: نعم. قال: قد تزوجتُكِ. ولأنه يملك الإيجاب والقبول، فجاز أن يتولاهما، كما لو زوج أمتَه عبده الصغير، ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية، والقبول من زوج هو أهل للقبول، فصَحَّ، كما لو وجد من رجلين. وقد روى أن^(٥) النبي ﷺ: «أعنتَ صفيّة، وجعل عنتها صداقها»^(٦). فإن قيل: فقد روى أن النبي ﷺ قال: «كُل نِكَاح لم يحضره أربعة / فهو سِفَاح: زوج، وولي، وشاهدان»^(٧). قلنا: هذا لا نعرف^(٨) صحته، وإن صحَّ فهو مخصوص بمن زوج أمتَه عبده الصغير، فيُخصُّ منه محل النزاع أيضا. وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول، أم يكتفى بمجرد الإيجاب؟ فيه وجهان؛ أحدهما، يحتاج أن يقول: تزوجت نفسي فلانة، وقيل هذا التكاخ. لأن ما افتقر^(٩) إلى الإيجاب افتقر^(١٠) إلى القبول، كسائر العقود. والثاني، يكفي أن يقول: تزوجت نفسي فلانة، أو تزوجت فلانة. وهو قول مالك، وأبي حنيفة؛ لحديث عبد الرحمن بن عوف، ولأن إيجابه يتضمن القبول، فأشبه إذا تقدم الاستدعاء، ولهذا قلنا: إذا قال لأمتِه: قد^(١١) أعنتُكِ، وجعلت عنتكِ صداقكِ. انعقد^(١٢) النكاح

١٢/٧

(٢) في الأصل: «يزوجها».

(٣) في م: «يتولى».

(٤) في: باب إذا كان الولي هو المخاطب، من كتاب النكاح. صحيح البخاري ٧ / ٢١.

(٥) في م: «عن».

(٦) في م نهادة: «أنه».

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨.

(٨) في ا، م: «نعلم».

(٩) في م: «يفتقر».

(١٠) سقط من: الأصل.

(١١) في ا، م: «ينعقد».

بمُجَرَّدٍ^(١٢) هذا القول . والرواية الثانية^(١٣) ، لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ، ولكن
يُوكَّلُ رَجُلًا يُزَوِّجُهُ إِيَّاهَا بِإِذْنِهَا . قال أحمد ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، في رواية ابن منصور : لا
يُزَوِّجُ نَفْسَهُ حَتَّى يُؤَلَّى رَجُلًا ، على حديث المُغِيرَةِ بن شُعْبَةَ ، وهو ما رَوَى أَبُو
دَاوُدَ^(١٤) ، بِإِسْنَادِهِ عن عَبْدِ الْمَلِكِ بن عُمَيْرٍ ، أَنَّ الْمُغِيرَةَ بن شُعْبَةَ ، أَمَرَ رَجُلًا زَوْجَهُ
امْرَأَةَ الْمُغِيرَةِ أُولَى بِهَا مِنْهُ . وَلَأَنَّهُ عَقَّدَ مَلَكَهَ بِالْإِذْنِ^(١٥) ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِيهِ ،
كَالْبَيْعِ . وَهَذَا فَارَقَ مَا إِذَا زَوَّجَ أُمَّتَهُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ . وعلى هذه الرواية^(١٦) ، إِنْ وَكَّلَ مَنْ
يَقْبَلُ لَهُ^(١٧) النِّكَاحَ ، وَتَوَلَّى^(١٨) هو الإِجَابَ ، جَازَ . وقال الشافعي في ابن العم
والمولى : لا يُزَوِّجُهَا إِلَّا الْحَاكِمُ ، ولا يجوز أن يتولى^(١٩) طرفي العقد^(٢٠) ، ولا أن يوكَّلَ
مَنْ يُزَوِّجُهُ ؛ لِأَنَّ وَكِيلَهُ بِمَنْزِلَتِهِ ، وَهَذَا عَقَّدَ مَلَكَهَ بِالْإِذْنِ ، فلا يتولى طرفيه ، كالبيع .
ولا يجوز أن يُزَوِّجَهُ مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ مِنْ أَوْلِيَائِهَا^(٢١) ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمْ مَعَ وُجُودِهِ . وَلَنَا ،
مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ فِعْلِ الصَّحَابَةِ ، وَلَمْ يَظْهَرْ خِلَافُهُ ، وَلِأَنَّ وَكِيلَهُ يَجُوزُ أَنْ يَلِيَ الْعَقْدَ عَلَيْهَا
لِغَيْرِهِ ، فَصَحَّ أَنْ يَلِيَهُ عَلَيْهَا لَه إِذَا كَانَتْ تَحِلُّ لَه ، كَالْإِمَامِ^(٢٢) إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ^(٢٣)
مَوْلِيَتَهُ . وَلِأَنَّ هَذِهِ امْرَأَةٌ ، وَلَهَا وَلِيُّ حَاضِرٌ غَيْرُ عَاضِلٍ ، فَلَمْ يَلِهَا الْحَاكِمُ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ أَنْ

(١٢) في الأصل : « مجرد » .

(١٣) في الزيادة : « أنه » .

(١٤) لم نجده عند أبي داود ، وإنما أخرجه البخاري ، في : باب إذا كان الولي هو الخاطب ... ، من كتاب النكاح .
صحيح البخاري ٧ / ٢١ . وذكر الألباني في إرواء الغليل ٦ / ٢٥٦ ، ٢٥٧ أنه ليس في سنن أبي داود .

(١٥) في الأصل : « بإذن » .

(١٦) في الأصل زيادة : « أنه » .

(١٧-١٧) في م : « العقد وتولد » .

(١٨-١٨) في م : « طرفيه كالبيع » .

(١٩) في م : « الأولياء » .

(٢٠) في الأصل : « والإمام » .

(٢١) في م : « يزوج » .

يُزَوِّجُهَا غَيْرَهُ . ومفهوم قوله عليه السلام : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ »^(٢٢) . أنه لا ولاية له على هذه .

فصل : وإذا أذنت له في تزويجها ، ولم تُعَيِّن الزَّوْجَ ، لم يَجُزَّ أَنْ يُزَوِّجَهَا نَفْسَهُ ؛ لِأَنَّ إِبْطَاقَ الْإِذْنِ يَقْتَضِي تَزْوِيْجَهَا غَيْرَهُ ، وَيَجُوزُ تَزْوِيْجُهَا لَوْلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ . فَإِنْ زَوَّجَهَا / ١٢/٧
لَا بَيْنَهُ الْكَبِيرَ ، قَبْلَ لِنَفْسِهِ ، وَإِنْ زَوَّجَهَا لَا بَيْنَهُ الصَّغِيرَ ، فَفِيهِ الرُّوَايَتَانِ فِي تَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَتَوَلَّاهُ . فَوَكَّلَ رَجُلًا يُزَوِّجُهَا لَوْلَدِهِ ، وَقَبْلَ هُوَ النِّكَاحُ لَهُ ، افْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهَا لِلْوَكِيلِ ، عَلَى مَا قَدَّمْنَا مِنْ^(٢٣) أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يُزَوِّجُهَا^(٢٤) إِلَّا بِإِذْنِهَا . وَإِنْ وَكَّلَ رَجُلًا يَقْبَلُ لَوْلَدِهِ النِّكَاحَ ، وَأَوْجَبَ هُوَ النِّكَاحَ^(٢٥) ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى إِذْنِهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ أَذْنَتْ لَهُ .

فصل : وإذا زَوَّجَ أَمَتَهُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ ، جَازَ لَهُ^(٢٦) أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ^(٢٧) ذَلِكَ بِحُكْمِ الْمِلْكِ ، لَا بِحُكْمِ الْإِذْنِ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَإِنْ كَانَ مَالِكًا لِأَحَدِ طَرَفِي الْعَقْدِ ، فَوَكَّلَهُ الْمَالِكُ الطَّرْفَ الْآخَرَ فِيهِ ، أَوْ وَكَّلَهُ الْوَلِيُّ فِي الْإِيجَابِ وَالزَّوْجُ فِي الْقَبُولِ ، خُرَجَ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكٌ ذَلِكَ بِالْإِذْنِ . وَإِنْ^(٢٨) زَوَّجَ ابْنَتَهُ الْكَبِيرَةَ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ^(٢٩) ، لَمْ يَجُزَّ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَاهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٣٠) يَكَاغُهَا ، فَيُخْرَجُ فِيهِ أَيْضًا وَجْهَانِ . وَإِنْ زَوَّجَهُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ ، لَمْ يَجُزَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ

(٢٢) تقدم تخريجه في : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .

(٢٣) في الأصل ، ب : « في » .

(٢٤) في ب : « يزوج » .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) في الأصل : « ملك » .

(٢٨) سقطت الواو من : م .

(٢٩) في م : « الكبير » .

(٣٠) في م زيادة : « يكاد » .

تَرْوِجُهَا مِمَّنْ لَا يُكَافِئُهَا^(٣١) . وعنه يجوز . وسنذكر ذلك ، إن شاء الله تعالى .

١١١٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُزَوِّجُ كَافِرٌ مُسْلِمَةً بِحَالٍ ، وَلَا مُسْلِمٌ كَافِرَةً إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ سُلْطَانًا ، أَوْ سَيِّدَ أَمَةٍ)

أما الكافر فلا ولاية له على مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ ، بإجماع أهل العلم ، منهم ؛ مالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وقال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم . وقال أبو الخطاب في الذمى : إذا أسلمت أم ولده ، هل يلي نكاحها ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، يليه ؛ لأنها مملوكة ، فيلي نكاحها كالمسلم ، ولأنه عقد عليها فليها كإجارتها . والثاني ، لا يليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(١) . ولأنها مُسْلِمَةٌ فلا يلي نكاحها كابنته . فعلى هذا يزوجه الحاكم . وهذا أولى^(٢) ؛ لما ذكرنا من الإجماع . وأما المسلم فلا ولاية له^(٣) على الكافرة^(٤) ، غير^(٥) السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(٦) . ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ، ولا يعقل عنه ، فلم يل عليه ، كالموكل كان أحدهما رقيقا . وأما سيد الأمة الكافرة ، فله تزويجها لكافر ؛ لكونها لا تحل للمسلمين ، وكذلك ولي^(٧) سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر ؛ لأنها ولاية بالملك^(٨) ، فلم يمنعها كون سيد الأمة

(٣١) من أول قوله : « فيخرج » السابق إلى هنا سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١) سورة التوبة ٧١ .

(٢) في الأصل : « أقوى » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ب : « الكافر » .

(٥) في ا ، ب ، م ، زيادة : « في » .

(٦) سورة الأنفال ٧٣ .

(٧) في الأصل : « في » .

(٨) في ب ، م : « بالمال » .

الكافرة مُسْلِمًا ، كسائر الولايات ، ولأنَّ هذه تحتاج إلى التزويج . ولا وَلِيَّ لها غير سيِّدها . فأما السلطان ، فله الولاية على مَنْ لا وَلِيَّ لها من أهل الذِّمَّة ؛ لأنَّ ولايته عامَّة على أهل دار الإسلام ، وهذه من أهل الدار ، فتُبِّت له الولاية عليها ، كالمُسلمة . / وأما الكافر ، فتُبِّت له الولاية على أهل دينه ، على حَسَبِ ما ذَكَرناه في^(٩) المسلمين ، ويُعتَبَرُ فيهم الشُّروطُ المُعتَبَرةُ في المسلمين ، ويُخَرَّجُ في اعتبارِ عدالته في دينه وَجْهان ، بناءً على الروايتين في اعتبارها في المسلمين .

فصل : إذا تزَّوج المسلم ذميَّةً ، فولَّيها الكافر يُزَوِّجها إِيَّاه . ذَكَره أبو الخطَّاب . وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأنَّه وَلَّيها ، فصَحَّ تزويجُها لها ، كالزَّوجِها كافرًا ، ولأنَّ هذه امرأة لها^(١٠) وَلِيٌّ مُناسِبٌ ، فلم يَجْزُ أَنْ يَلِيَّها غيره ، كالزَّوجِها ذميَّةً . وقال القاضي : لا يُزَوِّجها إلَّا الحاكم ؛ لأنَّ أحمد قال : لا يَعْقِدُ يَهُودِيٌّ ولا نَصْرَانِيٌّ عَقْدَةً^(١١) نِكَاحٍ لمُسلمٍ ولا مُسلمَةٍ . وَوَجْهه أَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى شهادة مُسلمين ، فلم يَصِحَّ بولاية كافرٍ ، كَنِكَاحِ المسلمين . والأوَّلُ أَصَحُّ ، والشُّهُودُ يُرادون لإثبات النِّكاح عند الحاكم ، بخلاف الولاية .

١١١٤ - مسألة ؛ قال (: وإذا زَوَّجها مَنْ غَيْرُهُ أَوَّلَى مِنْهُ ، وَهُوَ حَاضِرٌ ، وَلَمْ يَعْضُلْها ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ)

هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة ؛ أحدها ، أَنَّهُ إذا زَوَّجها الوليُّ^(١) الأبعد ، مع حُضُورِ الوليِّ الأقرب ، فأجابته إلى تزويجها من غير إذنِه ، لم يَصِحَّ . وهذا قال الشافعي . وقال مالكٌ : يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا وَلِيٌّ ، فصَحَّ^(٢) أَنْ يُزَوِّجها بِإِذْنِها كالأقرب .

(٩) في الأصل : « من » .

(١٠) في م : « ولها » .

(١١) في ا ، ب ، م : « عقد » .

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) في ب ، م : « له » .

ولنا ، أن هذا مُسْتَحَقٌّ بالتَّعْصِيبِ ، فلم يَثْبُتْ لِلأَبْعَدِ مع وَجُودِ الْأَقْرَبِ ، كالْمِيرَاثِ ،
وهذا فَارَقَ الْقَرِيبُ الْبَعِيدَ . الْحُكْمُ الثَّانِي ، أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ (٣) يَقَعُ فَاسِدًا (٤) ، لَا يَقِفُ عَلَى
الْإِجَازَةِ ، وَلَا يَصِيرُ بِالْإِجَازَةِ صَحِيحًا ، وكذلك الْحُكْمُ إِذَا زَوَّجَ الْأَجْنَبِيُّ أَوْ زَوَّجَتْ
الْمَرْأَةُ الْمُعْتَبَرُ إِذْنُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، أَوْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَالنِّكَاحُ فِي هَذَا كُلِّهِ
بَاطِلٌ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَوَاضِعَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ،
وَأَبِي ثَوْرٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ ؛ فَإِنْ أَجَازَهُ جَارٌ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ
فَسَدَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي صَغِيرِ زَوْجِهِ عَمَّهُ : فَإِنْ رَضِيَ بِهِ فِي وَقْتٍ مِنَ الْأَوْقَاتِ ، جَازَ ، وَإِنْ
لَمْ يَرْضَ (٥) ، فَسَخَ . وَإِذَا زَوَّجَتْ الْيَتِيمَةُ ، فَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ . وَقَالَ : إِذَا زَوَّجَ الْعَبْدُ
بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، ثُمَّ عَلِمَ السَّيِّدُ ، فَإِنْ شَاءَ أَنْ يُطْلَقَ عَلَيْهِ فَالطَّلَاقُ بِيَدِ السَّيِّدِ ، فَإِنْ أِذِنَ فِي
التَّرْوِيجِ فَالطَّلَاقُ بِيَدِ الْعَبْدِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ يُعْتَبَرُ فِيهَا الْإِذْنُ .
وَرُويَ ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَعَنْ ابْنِ /
سِيرِينَ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدَ ؛ لَمَّا
رُويَ أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرَتْ لَهُ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ ، فَخَيَّرَهَا
النَّبِيُّ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ (٦) . وَرُويَ أَنَّ فِتْنَةَ جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ،
فَقَالَتْ : إِنَّ أُمِّي زَوَّجَنِي . مِنْ ابْنِ أُخِيهِ ، لِيَرْفَعَ بِي حَسْبِي سَتَهُ . قَالَ : فَجَعَلَ الْأَمْرَ
إِلَيْهَا (٧) . فَقَالَتْ : قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أُمِّي ، وَلَكِنِّي أُرَدْتُ أَنْ (٨) أَعْلَمَ أَنَّ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ
شَيْئًا (٩) . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ وَالتَّنَائِي (١٠) . وَفِي رَوَايَةِ ابْنِ مَاجَهَ : أُرَدْتُ أَنْ يَعْلَمَ النِّسَاءُ أَنَّ لَيْسَ

(٣-٣) فِي ١ ، ب ، م : « بَيْعٌ فَاسِدٌ » .

(٤) فِي ب نَهَادَةً : « بَه » .

(٥) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْبِكْرِ زَوْجَهَا أَوْهَا لَا يَسْتَأْمُرُهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١ / ٤٨٣ .

وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مِنْ زَوْجِ ابْنَتِهِ وَهِيَ كَارِهَةٌ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ١ / ٣ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « لَهَا » .

(٧-٧) فِي الْمَجْتَبَى : « أَنْ أَعْلَمَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ » .

(٨) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْبِكْرِ زَوْجَهَا أَوْهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَجْتَبَى ٦ / ٧١ . وَابْنُ مَاجَهَ ، =

إلى الآباء من الأمر شيء . ولأنه عَقْدٌ يَقِفُ عَلَى الْفَسْخِ ، فَوَقَفَ عَلَى الْإِجَازَةِ ، كَالْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ »^(٩) . وَقَالَ : « إِذَا نَكَحَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ^(١٠) . إِلَّا أَنَّ أَبَا دَاوُدَ قَالَ : هُوَ^(١١) مُوقُوفٌ عَلَى ابْنِ عُمَرَ . وَلَأنَّهُ عَقْدٌ لَا تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ ؛ مِنَ الطَّلَاقِ ، وَالْخُلْعِ ، وَاللِّعَاقِ ، وَالتَّوَارُثِ ، وَغَيْرِهَا ، فَلَمْ يَنْعَقِدْ ، كَنِكَاحِ الْمُعْتَقَةِ . فَأَمَّا حَدِيثُ الْمَرْأَةِ الَّتِي خَيْرَهَا النَّبِيُّ ﷺ ، فَهُوَ مُرْسَلٌ عَنْ عِكْرِمَةَ ، رَوَاهُ النَّاسُ كَذَلِكَ ، وَلَمْ يَذْكُرُوا ابْنَ عَبَّاسٍ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : ثُمَّ يَحْتَمِلُ أَنَّ هَذِهِ الْمَرْأَةَ هِيَ الَّتِي قَالَتْ : زَوَّجَنِي مِنْ ابْنِ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ لِي خَسِيسَتَهُ . فَخَيْرَهَا^(١٢) لَتَزْوِجِهَا مِنْ غَيْرِ كُفِّهَا^(١٣) ، وَهَذَا يُثَبِّتُ الْخِيَارَ وَلَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، وَالْوَصِيَّةُ يَتَرَاخَى فِيهَا الْقَبُولُ ، وَتَجُوزُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَهِيَ مُعْدُولٌ بِهَا عَنْ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ ، وَلَا تُفْرِغُ عَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ لَوْضُوحِهَا . فَأَمَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فَإِنَّ الشَّهَادَةَ تُعْتَبَرُ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهَا شَرْطٌ لَهُ ، فَيُعْتَبَرُ وُجُودُهَا مَعَهُ ، كَالْقَبُولِ ، وَلَا تَعْتَبَرُ فِي الْإِجَازَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَقْدٍ ، وَلَأنَّهَا إِذَا وَجَدَتْ ، اسْتَنَدَ الْمِلْكُ إِلَى حَالَةِ الْعَقْدِ ، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي الْعَقْدِ نَمَاءٌ مِلْكٍ مِنْ حِينِ^(١٤) الْعَقْدِ ، لَا مِنْ حِينِ^(١٥) الْإِجَازَةِ . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْإِجَازَةِ ، لَمْ يَرْتَهُ الْآخَرُ ؛

= في : باب من زوج ابنته وهي كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ١٣٦ .

(٩) تقدم تخريجه في : ٥ / ٨٨ ، وصفيحة ٣٤٥ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : باب في نكاح العبد بغير إذن مولاه ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٠ . وابن

ماجه ، في : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٠ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي

١٥٢ / ٢ .

(١١) في م : « إنه » .

(١٢) في ١ ، ب ، م : « فخيرها » .

(١٣) في الأصل : « كفو » .

(١٤-١٥) سقط من : الأصل .

لأنه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر ، إن كان ممّا لو رُفِعَ إلى الحاكم أجازته ، ورثه الآخر ؛ لأنه عقد يلزمه إجازته ، فهو كالصحيح ، وإن كان ممّا يفسخه ، لم يرته .

١٤/٧

فصل : ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها ، أو الأمة بغير إذن سيدها ، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروايتان . والصحيح عندى أنه لا يَدْخُلُ فيها ؛ لتصريح النبي ﷺ فيه بالبطلان . ولأن الإجازة إنما تكون لعقد صدر / من أهله في محلّه . ^(١٥) فأما ما لم يصنّد من الأهل ، كالذى عقده المجنون أو الطفل ، فلا يقف على الإجازة ، وهذا عقد لم يصنّد من أهله ^(١٥) ؛ فإن المرأة ليست أهلاً له ، بدليل أنه لو أذن لها فيه ، لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الإذن المقارن ، فلأن لا يصح بالإجازة المتأخّرة أولى ، ولا تفرع على هذا . فأما على القول الآخر ، فمتى تزوجت المرأة بغير إذن الولي ، فرفع إلى الحاكم ، لم يملك إجازته ، والأمر فيه إلى الولي ، فمتى رده بطل ؛ لأن ^(١٦) من وقف الحكم على إجازته ، بطل برده ، كالمرأة إذا زوجت بغير إذنها . وفيه وجه آخر ، أنه إذا كان الزوج كفواً ، أمر الحاكم الولي بإجازته ، فإن لم يفعل أجازته الحاكم ، لأنه لما امتنع من الإجازة صار عاضلاً ، فانتقلت الولاية عنه إلى الحاكم ، كما ^(١٧) في ابتداء العقد ، ومتى حصلت الإصابة قبل الإجازة ثم أجزى ، فالمهر واحد ؛ إما المسمى ، وإما مهر المثل إن لم يكن مسمى ؛ لأن ^(١٨) الإجازة مستندة إلى حالة العقد ، فيثبت الحل والملك من حين العقد ، كما ذكرنا في البيع ، ولذلك لم يجب الحد . ومتى تزوجت ^(١٨) الأمة بغير إذن سيدها ، ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له ، انفسخ النكاح ؛ لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ، ولأنها ^(١٩)

(١٥-١٥) سقط من : ب ، م .

(١٦) في الأصل : « فإن » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في الأصل : « زوجت » .

(١٩) سقطت واو العطف من : الأصل .

أَقْوَى فَأَزَالَتِ الْأَصْنَافَ ، كَمَا لَوْ طَرَأَ مِلْكٌ يَمِينُهُ عَلَى مِلْكٍ نِكَاحِهِ . وَإِنْ خَرَجَتْ إِلَى مَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ ، كَالْمَرْأَةِ أَوْ اثْنَيْنِ ، فَكَذَلِكَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَفَ عَلَى إِجَازَةِ شَخْصٍ ، لَمْ يُعْزَ بِإِجَازَةِ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ أَمَةٌ غَيْرَهُ ثُمَّ بَاعَهَا الْمَالِكُ ، فَأُجَازَ الْمُشْتَرَى الثَّانِي بَيْعِ الْأَجْنَبِيِّ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بِإِجَازَةِ الْمَالِكِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ابْتِدَاءَ الْعَقْدِ ، فَمِلْكُ إِجَازَتِهِ كَالأَوَّلِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَخْرُجَ بِبَيْعٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ غَيْرِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَهَا السَّيِّدُ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَجُوزَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَقَفَ لِحَقِّ الْمَوْلَى ، فَإِذَا أَعْتَقَ سَقَطَ حَقُّهُ ، فَصَحَّ الْعَقْدُ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ إِنْطِلَالَ حَقِّ الْمَوْلَى لَيْسَ بِإِجَازَةٍ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى إِنْ بَطَلَ مِنَ الْمِلْكِ ، فَلَمْ يَنْطَلِ مِنْ وَلَايَةِ التَّرْوِيجِ ، فَإِنَّهُ يَلِيهَا بِالْوَلَايَةِ .

فصل : إِذَا زُوِّجَتِ النِّسَاءُ الَّتِي يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، وَقُلْنَا : يَقِفُ عَلَى إِجَازَتِهَا . فَإِجَازَتُهَا بِالنُّطْقِ ، أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَى مِنَ التَّمَكُّينِ مِنَ الْوَطْءِ ، أَوْ الْمُطَالَبَةِ^(٢٠) بِالْمَهْرِ وَالتَّفَقُّعِ . وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْبَكْرِ وَالثَّيِّبِ ؛ لِأَنَّ أَدْلَةَ الرِّضَى تَقُومُ مَقَامَ النُّطْقِ بِهِ ، وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِزَيْنَبَ : « إِنْ وَطَّئَكَ زَوْجُكَ ، فَلَا خِيَارَ لَكَ »^(٢١) . جَعَلَ تَمَكُّينَهَا / دَلِيلًا عَلَى إِسْقَاطِ حَقِّهَا وَالْمُطَالَبَةِ بِالْمَهْرِ وَالتَّفَقُّعِ ، وَالتَّمَكُّينُ مِنَ الْوَطْءِ دَلِيلٌ عَلَى الرِّضَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ خَصَائِصِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَوُجُودُهُ مِنَ الْمَرْأَةِ دَلِيلٌ رِضَاهَا^(٢٢) بِهِ . الْحُكْمُ الثَّلَاثُ ، إِذَا غَضَلَهَا وَلِيُّهَا^(٢٣) الْأَقْرَبُ ، انْتَقَلَتِ الْوَلَايَةُ إِلَى الْأَبْعَدِ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَعَنْهُ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، تَنْتَقِلُ إِلَى السُّلْطَانِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَذَكَرَ ذَلِكَ عَنْ عُمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَشُرَيْجٍ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :

١٤/٧ ظ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « وَالْمُطَالَبَةُ » .

(٢١) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ٦ / ١٨ . وَبِضَافٍ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ حَتَّى مَتَى يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١ / ٥١٨ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَهْرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِقُطْنِيُّ ٣ / ٢٩٤ .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « بِرِضَاهَا » .

(٢٣) فِي م : « الْوَلَى » .

« فَإِنْ اشْتَجَرُوا ، فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ »^(٢٤) . ولأن ذلك حَقٌّ عليه اِمْتَنَعَ من أدائه ، فقام الحاكمُ مقامه ، كما لو كان عليه ذَنْبٌ فامْتَنَعَ مِنْ قَضَائِهِ . ولنا ، أَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّزْوِيجُ من جهةِ الأقربِ ، فمَلَكَهُ الأبعدُ ، كما لو جُنَّ . ولأنَّهُ يَفْسُقُ بالعَضَلِ ، فَتَنْقُضُ الولايةُ عنه ، كما لو شَرِبَ الخَمْرَ . فَإِنْ عَضَلَ الأولياءُ كُلَّهُمْ زَوْجَ الحاكمِ . والحديثُ حُجَّةٌ لنا ؛ لقوله : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ » . وهذه لهاوِلِيٌّ . ويُمكنُ حَمْلُهُ على ما إذا عَضَلَ الكُلُّ ، لأنَّ^(٢٥) قوله : « فَإِنْ اشْتَجَرُوا » . ضَمِيرُ جَمْعٍ يَتناولُ الكُلَّ . والولايةُ تُخَالِفُ الدِّينَ من وجوهٍ ثلاثيةٍ ؛ أحدها ، أَنها حَقٌّ للوَلِيِّ ، والدِّينُ حَقٌّ^(٢٦) عليه . الثاني ، أَنَّ الدِّينَ لَا يَتَنَقَّلُ عنه ، والولايةُ تَنْتَقِلُ لعَارِضٍ ؛ من جُنُونِ الوَلِيِّ .^(٢٧) أو فُسْقه أو موْتِهِ^(٢٨) . الثالث ، أَنَّ الدِّينَ لَا يُعْتَبَرُ في بَقَائِهِ العَدَالَةُ ، والولايةُ يُعْتَبَرُ لها ذلك ، وقد زالت العَدَالَةُ^(٢٩) بما ذَكَرْنَا . فَإِنْ قِيلَ : فلو زالت وِلايَتُهُ لَمَا صَحَّ منه التَّزْوِيجُ إذا أَجابَ إليه . قلْنَا : فُسْقه بامْتِناعِهِ ، فإذا أَجابَ فَقَدْ نَزَعَ عن المَعْصِيَةِ ، وَرَاجَعَ الحَقَّ ، فزال فُسْقه ، فلذلك صَحَّ تَزْوِيجُهُ . والله أعلم .

فصل : ومعنى العَضَلِ مَنْعُ المرأةِ من التَّزْوِيجِ بِكُفِّهِهَا إذا طَلَبَتْ ذلك ، وَرَغِبَ كُلُّ واحدٍ منهما في صاحِبِهِ . قال مَعْقِلُ بنِ يَسَارٍ : زَوَّجْتُ أُخْتًا لِي من رَجُلٍ ، فطَلَّقَهَا ، حَتَّى إِذَا^(٣٠) انْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ، فَقُلْتُ لَهُ : زَوَّجْتُكَ ، وَأَفْرَشْتُكَ ، وَأَكْرَمْتُكَ ، فطَلَّقَهَا ، ثُمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا ! لا والله لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبَدًا . وَكانَ رَجُلًا لَا بَأْسَ بِهِ ، وَكانتِ المرأةُ تُريدُ أَنْ تُرْجَعَ إِلَيْهِ ، فَأَنْزَلَ اللهُ تَعَالَى هذه الآيةَ : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾^(٣١) . فَقُلْتُ : الآنَ أَفْعَلُ يا رسولَ اللهِ . قال : فزَوَّجْها إِياهُ . رواه

(٢٤) تقدم تخرجه في : ٥ / ٨٨ ، و صفحة ٣٤٥ .

(٢٥) في ب : « فَإِنْ » .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٧-٢٨) في ا ، ب ، م : « وفُسْقه وموته » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) سورة البقرة ٢٣٢ .

البخاري^(٣١) . وسواءً طَلَبَتِ التَّزْوِيجَ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا أَوْ دُونَهُ . وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لهم^(٣٢) مَنَعُهَا مِنَ التَّزْوِيجِ بِدُونِ مَهْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ عَارًا ، وفيه ضَرَرٌ عَلَى نِسَائِهَا^(٣٣) ، لِنَقْصِ مَهْرٍ مِثْلِهِنَّ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَهْرَ خَالِصٌ حَقُّهَا ، وَعَوَضٌ يَخْتَصُّ بِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُمُ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهَا فِيهِ ، كَثَمَنِ عَبْدُهَا ، وَأُجْرَةُ^(٣٤) دَارِهَا ، وَلَأَنَّهُ لَوْ / أَسْقَطْتَهُ بَعْدَ وَجُوبِهِ ، سَقَطَ كُلُّهُ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى ، وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَهُ^(٣٥) : « التَّمِسْ وَلَوْ خَائِمًا مِنْ حَدِيدٍ »^(٣٦) . وقال لَامْرَأَةً زُوِّجَتْ بِنَعْلَيْنِ : « أَرْضِيَّتِ بِنَعْلَيْنِ مِنْ نَفْسِكَ ؟ » . قالت : نعم . فَأَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ^(٣٧) . وقولهم : فيه عَارٌ عَلَيْهِمْ . ليس كذلك ، فَإِنَّ عَمَرَ قَالَ : لَوْ كَانَ مَكْرُمَةً فِي الدُّنْيَا ، أَوْ تَقْوَى عِنْدَ اللَّهِ ، كَانَ أَوْلَاكُمْ بِهَا^(٣٨) . رَسُولُ اللَّهِ ﷺ^(٣٩) . يَعْنِي غُلُوَّ الصَّدَاقِ . فَإِنْ رَغِبَتْ فِي كُفٍّ بِعَيْنِهِ ، وَأَرَادَ تَزْوِيجَهَا لِغَيْرِهِ مِنْ أَكْفَائِهَا ، وَامْتَنَعَ مِنْ تَزْوِيجِهَا مِنَ الَّذِي أَرَادَتْهُ ، كَانَ عَاضِلًا لَهَا . فَأَمَّا إِنْ طَلَبَتِ التَّزْوِيجَ بِغَيْرِ كُفِّئِهَا ، فَلَهُ مَنَعُهَا مِنْ ذَلِكَ ، وَلَا يَكُونُ عَاضِلًا لَهَا بِهَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ زُوِّجَتْ^(٤٠) مِنْ غَيْرِ^(٤١) كُفِّئِهَا ، كَانَ لَهُ فَسْخُ النِّكَاحِ ، فَلَا تُمْنَعُ^(٤٢) مِنْهُ ابْتِدَاءً أَوْلَى .

(٣١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٦ .

(٣٢) في ١ : « له » .

(٣٣) في الأصل : « نسائهن » .

(٣٤) في الأصل ، ١ ، ب : « وأجر » .

(٣٥) في ب : « يتزوج » .

(٣٦) تقدم تخريجه في : ٨ / ١٣٧ .

(٣٧) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في مهر النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٣ .

والبيهقي ، في : باب لا يرد النكاح بنقص المهر ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٤٤٥ .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) أخرجه أبو داود ، في : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٥ ، ٤٨٦ . والترمذي ،

في : باب ما جاء في مهر النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٦ . والنسائي ، في : باب القسط في

الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٦ . والدارمي ، في : باب كم كانت مهر أزواج النبي ﷺ وبناته ، من

كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤١ . والبيهقي ، في : باب ما يستحب من القصد في الصداق ، من كتاب

الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٥٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤١ ، ٤٨ .

(٤٠-٤١) في ب : « بغير » .

(٤١) في ب ، م : « تمتنع » .

١١١٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ وَلِيُّهَا غَائِبًا فِي مَوْضِعٍ لَا يَصِلُ إِلَيْهِ الْكِتَابُ ، أَوْ يَصِلُ فَلَا يُجِيبُ عَنْهُ ، رَوَّجَهَا مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ مِنْ عَصَبَاتِهَا ^(١)) ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، فَالسُّلْطَانُ)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة ، فلا بُدَّ من عصبتها تزويجها دون الحاكم . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْوَصُولُ إِلَى التَّكَاجِ مِنَ الْأَقْرَبِ ، مَعَ بَقَاءِ وِلَايَتِهِ ، فَيَقُومُ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ ، كَمَا لَوْ عَضَلَهَا ، وَلَئِنْ الْأَبْعَدُ مَحْجُوبٌ بِوِلَايَةِ الْأَقْرَبِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّزْوِيجُ ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، وَدَلِيلُ بَقَاءِ وِلَايَتِهِ أَنَّهُ لَوْ رَوَّجَ مِنْ حَيْثُ هُوَ ، أَوْ وَكَّلَ ، صَحَّ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » ^(٢) . وَهَذِهِ هَاوِلِي ، فَلَا يَكُونُ السُّلْطَانُ ^(٣) وَلِيًّا لَهَا ، وَلِأَنَّ الْأَقْرَبَ تَعَذَّرَ حُصُولُ التَّزْوِيجِ مِنْهُ ، فَتَثَبَّتْ الْوِلَايَةُ لِمَنْ يَلِيهِ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، كَمَا لَوْ جُنَّ أَوْ مَاتَ ، وَلِأَنَّهَا حَالَةٌ يَجُوزُ فِيهَا التَّزْوِيجُ لغيرِ الْأَقْرَبِ ، فَكَانَ ذَلِكَ لِلْأَبْعَدِ ، كَالْأَصْلِ ، وَإِذَا عَضَلَهَا الْأَقْرَبُ ، فَهُوَ كَمَسْنَا لَنَا .

والفصل الثاني : في الغيبة المنقطعة ، التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها . ففي قول الخِرَقِي : هِيَ مَنْ ^(٤) لَا يَصِلُ إِلَيْهِ الْكِتَابُ ، أَوْ يَصِلُ فَلَا يُجِيبُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ ^(٥) مِثْلَ هَذَا

(١) في ا ، ب ، م : « عصبها » .

(٢) تقدم تخريجه في : ٥ / ٨٨ ، وصفيحة ٣٤٥ .

(٣-٣) في م : « وليها » .

(٤) في الأصل ، ا : « ما » .

(٥) في الأصل زيادة : « في » .

تَعَدَّرُ مُرَاجَعَتَهُ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَتَكُونُ مُنْقَطِعَةً ، أَى يَنْقَطِعُ عَنْ (٦) إِمْكَانِ تَرْوِيجِهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ يَكُونَ حَدُّ الْمَسَافَةِ أَنْ لَا تَرُدُّ الْقَوَافِلُ فِيهِ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً ؛ لِأَنَّ الْكُفَّاءَ يَنْتَظِرُ سَنَةً ، وَلَا يَنْتَظِرُ أَكْثَرَ مِنْهَا ، فَيَلْحَقُ الضَّرْرُ بِتَرْكِ تَرْوِيجِهَا . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَوْضِعٍ : إِذَا كَانَ الْأَبُ بَعِيدَ السَّفَرِ ، يُزَوِّجُ الْأَخَّ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : / فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالسَّفَرِ الْبَعِيدَ مَا تُقْصِرُ فِيهِ الصَّلَاةُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ السَّفَرُ (٧) الَّذِي عُلِّقَتْ عَلَيْهِ الْأَحْكَامُ . وَذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ إِلَى أَنَّ حَدَّهَا مَا لَا يُقْطَعُ (٨) إِلَّا بِكُلْفَةٍ وَمَشَقَّةٍ ؛ لِأَنَّ (٩) أَحْمَدَ قَالَ : إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلِيُّ حَاضِرٍ مِنْ عَصَبَتِهَا ، كَتَبَ إِلَيْهِمْ حَتَّى يَأْذِنُوا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً ، لَا تُدْرِكُ إِلَّا بِكُلْفَةٍ وَمَشَقَّةٍ ، فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ . وَهَذَا الْقَوْلُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَقْرَبُهَا إِلَى الصَّوَابِ ، فَإِنَّ التَّحْدِيدَاتِ بِأَبْهَا التَّوْقِيفِ ، وَلَا تَوْقِيفَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَتُرَدُّ إِلَى مَا يَتَعَارَفُ (١٠) النَّاسُ بَيْنَهُمْ ، مِمَّا لَمْ تَجِرِ الْعَادَةُ بِالْإِنْتَظَارِ فِيهِ ، وَيَلْحَقُ الْمَرَأَةُ الضَّرْرَ بِمَنْعِهَا مِنَ التَّرْوِيجِ فِي مِثْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَتَعَدَّرُ (١١) فِي ذَلِكَ الْوُصُولُ إِلَى الْمَصْلَحَةِ مِنْ نَظَرِ الْأَقْرَبِ ، فَيَكُونُ كَالْمَعْدُومِ ، وَالتَّحْدِيدُ بِالْعَامِ كَبِيرٌ ؛ فَإِنَّ الضَّرْرَ يَلْحَقُ بِالْإِنْتَظَارِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ (١٢) ، وَيَذْهَبُ الْخَاطِبُ ، وَمَنْ لَا يَصِلُ الْكِتَابُ مِنْهُ أَبْعَدُ ، وَمَنْ هُوَ عَلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَا تَلْحَقُ الْمَشَقَّةُ فِي مُكَاتِبَتِهِ . وَالتَّوَسُّطُ أَوْلَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ أَى حَنِيفَةٍ فِي الْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ كَقَوْلِ الْقَاضِي ، وَبَعْضُهُمْ قَالَ : مِنَ الرَّئْيِ إِلَى بَعْدَادٍ . وَبَعْضُهُمْ قَالَ : مِنَ الْبَصَرَةِ إِلَى الرُّقَّةِ . وَهَذَانِ الْقَوْلَانِ يُشْبِهَانِ قَوْلَ أَى بَكْرٍ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي الْغَيْبَةِ (١٣) الَّتِي يُزَوِّجُ فِيهَا

١٥/٧ ط

(٦) فِي م : « مِنْ » .

(٧) فِي أ ، ب زِيَادَةٌ : « الْبَعِيدُ » .

(٨) فِي أ : « يَنْقَطِعُ » . وَفِي م : « يَقَعُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَلَآنَ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « تَعَارَفَ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « تَعَدَّرَ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « الْمُنْقَطِعَةُ » .

الحاكم ، فقال بعضهم : مسافة القصر . وقال بعضهم : يزوجه الحاكم ، وإن كان الولي قريبا . وهو ظاهر نص الشافعي . وظاهر كلام أحمد ، أنه إذا كانت العيبة غير^(١٤) منقطعة ، أنه ينتظر ويرأسل حتى يقدم أو يوكل .

فصل : وإن كان القريب محبوسا ، أو أسيرا في مسافة قريبة ، لا تمكن مراجعته ، فهو كالبعيد ، فإن البعد لم يعتبر لعينه ، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره ، وهذا موجود ههنا ، وكذلك إن كان غائبا لا يعلم^(١٥) أقرب هو أم بعيد^(١٦) ، أو علم^(١٧) أنه قريب ، ولم يعلم مكانه ، فهو كالبعيد .

١١١٦ - مسألة : قال : (وَإِذَا زُوِّجَتْ مِنْ غَيْرِ كُفٍ ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ)

اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح ، فروى عنه أنها شرط^(١) له . قال^(٢) : إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما . وهذا قول سفيان . وقال أحمد ، في الرجل يشرب الشراب : ما هو بكف لها ، يفرق بينهما . وقال : لو كان المتزوج حائكا فرق^(٣) بينهما ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه : لأمتعن فروج^(٤) ذوات الأحساب ، إلا من الأكفاء . رواه الحلال بإسناده^(٥) . وعن أبي إسحاق الهمداني / ١٦/٧
قال : خرج سلمان وجري في سفر ، فأقيمت الصلاة ، فقال جري لسلمان : تقدم أنت^(٦) . قال سلمان : بل أنت تقدم ، فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم^(٧) في

(١٤) سقط من : م .

(١٥-١٥) في م : قريب أم بعيد .

(١٦) في م : يعلم .

(١) في الأصل : تشتط .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : فرق .

(٤) في سنن الدارقطني : تزوج .

(٥) وأخرجه الدارقطني ، في : كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٩٨ .

(٦) سقط من : الأصل ، ١ .

صلاتكم ، ولا تَنكِحْ نِسَاؤُكُمْ ، إِنَّ اللَّهَ فَضَّلَكُمْ عَلَيْنَا بِمُحَمَّدٍ ﷺ ، وجعله فيكم ^(٧) .
ولأنَّ التَّزْوِيجَ ، مع فَقْدِ الْكَفَاءَةِ ، تَصَرَّفَ فِي حَقِّ مَنْ يَحْدُثُ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فلم
يَصِحَّ ، كما لو زَوَّجَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا . وقد رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « لَا تَنكِحُوا النِّسَاءَ
إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ ، وَلَا يَزَوِّجُهُنَّ ^(٨) إِلَّا ^(٩) الْأَوْلِيَاءُ » . رواه الدَّارَقُطْنِيُّ ^(١٠) ، إلا أن ابن عبد
البرِّ قال : هذا ضعيف ، لا أصل له ، ولا يُحْتَجُّ بِمِثْلِهِ . والرواية الثانية عن أحمد ، أنها
ليست شرطاً في النِّكَاحِ . وهذا قول أكثر أهل العلم . رَوَى نَحْوُ هذا عن عمر ، وابن
مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، وعُبَيْدُ بن عُمَيْرٍ ، وَحَمَّادُ بن أُبَيٍّ سُلَيْمَانَ ، وابن
سِيرِينَ ، وابن عَوْنٍ ، ومالك ، والشافعي ، وأصحابِ الرَّأْيِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ
أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ ^(١١) . وقالت عائشة ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : إن أبا حذيفة بن
عُثْبَةَ بن رِبِيعَةَ تَبَنَّى سَالِمًا ، وَأَنْكَحَهُ ابْنَةَ أَخِيهِ هِنْدَ ابْنَةَ الْوَلِيدِ بن عُثْبَةَ ، وهو مَوْلَى لِمَرْأَةٍ
من الْأَنْصَارِ . أخرجه البخاري ^(١٢) . وأمر النَّبِيُّ ﷺ فاطمة بنتَ قَيْسٍ أَنْ تَنكِحَ أُسَامَةَ
ابن زَيْدٍ مَوْلَاهُ ، فَنَكَحَهَا بِأَمْرِهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٣) . وَزَوَّجَ أَبَاهُ زَيْدُ بن حَارِثَةَ ابْنَةَ عَمَّتِهِ

(٧) أخرجه البيهقي مختصراً ، في : باب اعتبار النسب في الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٤ .

(٨) في ١ ، ب ، م : « تزوجهن » .

(٩) في ١ ، ب ، م زيادة : « من » .

(١٠) في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٤٥ .

كما رواه البيهقي ، في : باب اعتبار الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٣ .

(١١) سورة الحجرات ١٣ .

(١٢) في : باب الأكفاء في الدين ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من حُرِّمَ به ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٥ . والنسائي ، في : باب
تزوج المولى العربية ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٣ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر ،
من كتاب الرضا . الموطأ ٢ / ٦٠٥ .

(١٣) لم يرد في صحيح البخاري . وانظر : إرواء الغليل ٦ / ٢٦٤ .

وتقدم تخريجه في : ٦ / ٣٠٧ . ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، في : باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ، من كتاب
الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١١١٤ - ١١٢٠ . والنسائي ، في : باب تزوج المولى العربية ، وباب خطبة الرجل إذا
ترك الخطاب أو أذن له ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٢ ، ٦١ . والدارمي ، في : باب النهي عن خطبة الرجل =

زَيْنَبَ بِنْتَ جَحْشِ الْأَسَدِيَّةِ^(١٤) . وقال ابنُ مسعودٍ لأخِيهِ^(١٥) : أَتَشِدُّكَ اللَّهُ أَنْ تَتَزَوَّجِي^(١٦) مُسْلِمًا ، وَإِنْ كَانَ أَحْمَرُ رُومِيًّا ، أَوْ أَسْوَدَ حَبْشِيًّا^(١٧) . وَلَأنَّ الْكَفَاءَةَ لَا تَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهَا حَقًّا لِلْمَرْأَةِ ، أَوِ الْأَوْلِيَاءِ ، أَوْ لَهَا ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ وُجُودُهَا ، كَالسَّلَامَةِ مِنَ الْعُيُوبِ . وَقَدَرُوهُ أَنْ أَبَاهِنْدَ حَجَمَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الْيَأْفُوحِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « يَا بِنْتِي بَيَاضَةٌ ، أَنْكِحُوا أَبَاهِنْدَ ، وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِ » . رواه أَبُو دَاوُدَ^(١٨) ، إِلَّا أَنَّ^(١٩) أَحْمَدَ ضَعَّفَهُ ، وَأَثَرَهُ إِنْكَارًا شَدِيدًا . وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا غَيْرُ مُشْتَرَطَةٍ^(٢٠) ، وَمَا رَوَى فِيهَا يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِهَا فِي الْجُمْلَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ^(٢١) اشْتِرَاطُهَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ لِلزَّوْجَةِ^(٢٢) وَكُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ^(٢٣) فِيهَا حَقًّا^(٢٤) ، وَمَنْ لَمْ يَرْضَ مِنْهُمْ فَلَهُ الْفَسْخُ . وَلِذَلِكَ لَمَّا زَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَتَهُ مِنْ ابْنِ أَخِيهِ ، لِيَرْفَعَ بِهَا خَسِيسَتَهُ ، جَعَلَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ الْخِيَارَ ، فَأَجَازَتْ^(٢٥) مَا صَنَعَ أَبُوهَا^(٢٦) . وَلَوْ

= على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٥ ، ١٣٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٣ / ٦ ، ٤١١ ، ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .

(١٤) أخرجه الدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٣٠١ . والبيهقي ، في : باب لا يراد نكاح غير الكفو ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٦ . وعبد الرزاق ، في : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٥٣ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في المناكحة . السنن ١ / ١٦١ . وانظر ما أخرجه البخاري ، في : باب قوله : ﴿ وَتَخْفَى فِي نَفْسِكَ ﴾ من تفسير سورة الأحزاب . صحيح البخاري ٦ / ١٤٧ .

(١٥) في م : « لأخيه » .

(١٦) في النسخ زيادة : « إلا » . والمثبت في سنن سعيد بن منصور .

(١٧) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في المناكحة . السنن ١ / ١٦١ .

(١٨) في : باب في الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٤ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) في الأصل : « مشروطة » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ ، ب ، م : « الزوجة » .

(٢٣) في م زيادة : « له » .

(٢٤) في ١ ، م : « حق » .

(٢٥) في الأصل : « فاختارت » .

(٢٦) تقدم تخريجه في صفحة ٣٧٩ .

فَقَدْ الشَّرْطُ لَمْ يَكُنْ لَهَا خِيَارٌ . فَإِذَا قُلْنَا بِاشْتِرَاطِهَا ، فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ وُجُودُهَا حَالَ الْعَقْدِ ، فَإِنْ عُدِمَتْ بَعْدَهُ ، لَمْ يُبْطَلِ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ شُرُوطَ النِّكَاحِ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ لَدَى الْعَقْدِ . وَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً حَالَ الْعَقْدِ ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ ، / حُكْمُهُ حُكْمُ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ ، عَلَى مَا مَضَى .

فَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَتْ شَرْطًا . فَرَضِيَّتِ الْمَرْأَةُ وَالْأَوْلِيَاءُ كُلُّهُمْ ، صَحَّ النِّكَاحُ ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ بَعْضُهُمْ ، فَهَلْ يَقَعُ الْعَقْدُ بَاطِلًا مِنْ أَصْلِهِ أَوْ صَحِيحًا ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ عَنْ أَحْمَدَ ، وَقَوْلَانِ لِلشَّافِعِيِّ . أَحَدُهُمَا ، هُوَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْكَفَاءَةَ حَقٌّ لَجَمِيعِهِمْ ، وَالْعَاقِدُ^(٢٧) مُتَصَرِّفٌ فِيهَا بِغَيْرِ رِضَائِهِمْ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَتَصَرَّفِ الْفُضُولِيِّ . وَالثَّانِي ، هُوَ صَحِيحٌ^(٢٨) ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمَرْأَةَ الَّتِي رَفَعَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِ كَفِّئِهَا خَيْرَهَا ، وَلَمْ يُبْطَلِ النِّكَاحُ^(٢٩) مِنْ أَصْلِهِ . وَلِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ بِالْإِذْنِ ، وَالنَّقْصُ الْمَوْجُودُ فِيهِ لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهُ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْخِيَارَ ، كَالْعَيْبِ مِنَ الْعَنَةِ وَغَيْرِهَا . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَمَالِكٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا رَضِيَّتِ الْمَرْأَةُ وَبَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ ، لَمْ يَكُنْ لِبَاقِي الْأَوْلِيَاءِ فُسْخٌ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْحَقَّ لَا يَتَجَزَّأُ ، وَقَدْ أَسْقَطَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ حَقَّهُ ، فَسَقَطَ جَمِيعُهُ ، كَالْقِصَاصِ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ يُعْتَبَرُ رِضَاهُ ، فَلَمْ يَسْقَطْ بِرِضَايِ غَيْرِهِ ، كَالْمَرْأَةِ مَعَ الْوَلِيِّ . فَأَمَّا الْقِصَاصُ فَلَا يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ كَامِلًا ، فَإِذَا سَقَطَ بَعْضُهُ ، تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَهُنَا بَخْلَافُهُ ، لِأَنَّهُ لَوْ زَوَّجَهَا بِدُونِ مَهْرٍ مِثْلِهَا ، مَلَكَ الْبَاقُونَ عَنْدَهُمُ الْإِغْتِرَاضَ ، مَعَ أَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهَا ، فَهُنَا مَعَ أَنَّهُ حَقٌّ لَهُمْ أَوْلَى . وَسَوَاءٌ كَانُوا مُتَسَاوِينَ فِي الدَّرَجَةِ ، أَوْ مُتَفَاوِتِينَ ، فَزَوْجُ الْأَقْرَبِ ، مِثْلُ أَنْ يُزَوَّجَ الْأَبُ بِغَيْرِ كُفٍّ ، فَإِنَّ لِلْإِخْوَةِ الْفُسْخَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُمْ فُسْخٌ^(٣٠) إِذَا زَوَّجَ الْأَقْرَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْأَبْعَدِ مَعَهُ ، فِرْضَاؤُهُ لَا يُعْتَبَرُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَلِيُّ فِي حَالِ يَلْحَقُهُ الْعَارُ بِفَقْدِ الْكَفَاءَةِ ، فَمَلَكَ الْفُسْخَ كَالْمُتَسَاوِينَ .

(٢٧) فِي م : « وَالْعَاقِل » .

(٢٨) فِي ١ ، م : « الصَّحِيح » .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٣٠) فِي م : « الْفُسْخ » .

١١١٧ - مسألة ؛ قال : (والكفء ذو الدين ^(١) والمنصب)

يعنى بالمنصب الحسب ، وهو النسب . واختلفت الرواية عن أحمد ، في شروط الكفاءة ، فعنه هما شرطان ؛ الدين ، والمنصب ^(٢) . وعنه ، أنها خمسة ؛ هذان ، والحرية ، والصناعة ، واليسار . وذكر القاضي ، في « المجرد » أن فقد هذه الثلاثة لا يبطال النكاح ، رواية واحدة ، وإنما الروايتان في الشرطين الأولين . قال : ويتوجه أن المبطّل عديم الكفاءة في النسب لا غير ؛ لأنه نقص لازم ، وما عداه غير لازم ، ولا يتعدى نقصه إلى الولد . وذكر في « الجامع » الروايتين في جميع الشروط . وذكره أبو الخطاب أيضا . وقال مالك : الكفاءة في الدين لا غير . قال ابن عبد البر : هذا جملة مذهب مالك وأصحابه . وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر أنها خمسة التي ذكرناها ، والسلامة / من العيوب الأربعة فتكون ستة . وكذلك قول أبي حنيفة ، والثوري ، والحسن ابن حي ، إلا في الصنعة والسلامة من العيوب الأربعة ^(٣) . ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين ، إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه ^(٤) الصبيان ، فلا يكون كفؤا ؛ لأن الغالب على الجند الفسق ، ولا يعد ^(٥) ذلك نقصا ، والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى : ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾ ^(٦) . ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية ، غير مأمون على النفس والمال ، مسلوب الولايات ^(٧) ، ناقص عند الله تعالى وعند خلقه ، قليل الحظ في ^(٨) الدنيا والآخرة ، فلا يجوز أن يكون كفؤا لعفيفة ، ولا مساويا لها ، لكن يكون كفؤا لمثله . فأما الفاسق من الجند ، فهو

١٧/٧ و

(١) في م : « والدين » .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) في م : « معه » .

(٥) في ب ، م : « وبعد » .

(٦) سورة السجدة ١٨ .

(٧) في م : « الولاية » .

(٨) في ب : « من » .

ناقِصٌ عند أهل الدين والمروءات . والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة، قول عمر، رَضِيَ اللهُ عنه : لَأَمْنَعَنَّ فُرُوجَ ذَوَاتِ الْأَحْسَابِ إِلَّا مِنْ الْأَكْفَاءِ . قال : قلتُ : وما الْأَكْفَاءُ ؟ قال في الْحَسَبِ ^(٩) . رواه أبو بكر عبد العزيز ، بإسناده ^(١٠) . ولأنَّ الْعَرَبَ يُعَدُّونَ الْكَفَاءَةَ فِي النَّسَبِ ، وَيَأْتِفُونَ مِنْ نِكَاحِ الْمَوَالِي ^(١١) ، وَيَرَوْنَ ^(١٢) ذَلِكَ نَقْصًا وَعَارًا ، فَإِذَا أُطْلِقَتِ الْكَفَاءَةُ ، وَجَبَ حَمْلُهَا عَلَى الْمُتَعَارِفِ ، وَلَآنَ فِي فَقْدِ ذَلِكَ عَارًا وَنَقْصًا ، فَوَجَبَ أَنْ يُعْتَبَرَ فِي الْكَفَاءَةِ كَالَّذِينَ ^(١٣) .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرُّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فُرُوِيَ عَنْهُ أَنَّ غَيْرَ قُرَيْشٍ مِنَ الْعَرَبِ لَا يُكَافِيهَا ، وَغَيْرُ بَنِي هَاشِمٍ لَا يُكَافِيهِمْ . وهذا قول ^(١٤) بعض أصحاب الشافعي ؛ لما رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى كِنَانَةَ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ ، وَاصْطَفَى مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشًا ، وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ ، وَاصْطَفَانِي مِنْ بَنِي هَاشِمٍ » ^(١٥) . وَلَآنَ الْعَرَبُ فَضِّلَتْ عَلَى ^(١٦) الْأُمَمِ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقُرَيْشٌ أَخْصَتْ بِهِ مِنْ سَائِرِ الْعَرَبِ ، وَبَنُو هَاشِمٍ أَخْصَتْ بِهِ مِنْ قُرَيْشٍ . وكذلك قال عثمان ، وَجُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ : إِنَّ إِخْوَانَنَا مِنْ بَنِي هَاشِمٍ لَا تُنْكَرُ فَضْلُهُمْ عَلَيْنَا ، لِمَكَانِكَ الَّذِي وَضَعَكَ اللَّهُ بِهِ مِنْهُمْ ^(١٧) . وقال أبو حنيفة : لَا تُكَافِي الْعَجْمُ الْعَرَبَ وَلَا الْعَرَبُ قُرَيْشًا ، وَقُرَيْشٌ كُلُّهُمْ أَكْفَاءٌ ؛ لِأَنَّ ابْنَ

(٩) في م : : الأحساب .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٧ .

(١١) في م : : المولى .

(١٢) في الأصل : : ويعلمون .

(١٣) في م : : الدين .

(١٤) في م زيادة : : عن .

(١٥) أخرجه مسلم ، في : باب فضل نسب النبي ﷺ ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤ / ١٧٨٢ .

والترمذي ، في : باب في فضل النبي ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣ / ٩٤ ، ٩٥ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٤ / ١٠٧ .

(١٦) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٧) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١١ .

عباس قال : قرئش بعضهم أكفاء بعض . والرواية الثانية عن أحمد ، أن العرب بعضهم لبعض أكفاء ، والعجم بعضهم لبعض أكفاء ؛ لأن النبي ﷺ زوج ابنته عثمان ، وزوج أبا العاص بن الربيع زينب ، وهما من بنى عبد شمس ، وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم ، وتزوج عبد الله بن عمرو^(١٨) بن عثمان فاطمة بنت الحسين / بن علي ، وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينه ، وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام ، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ ، وزوج أبو بكر أخته أم قروة الأشعث بن قيس ، وهما كنديان ، وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس ، وهي من قرئش ، ولأن العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء ، وإن تفاضلوا ، وشرف بعضهم على بعض ، فكذاك العرب .

١٧/٧ ظ

فصل : فأمَّا الحرَّة ، فالصحيح أنها من شروط الكفائة ، فلا يكون العبد كفواً لحرَّة ؛ لأن النبي ﷺ خير بريرة حين عتقت تحت عبد . فإذا ثبت الخيار بالحرَّة الطَّارئة^(١٩) ، فبالحرَّة المقارنة أولى . ولأن نقص الرق كبير ، وضرره يس ، فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ، ولا يتفق نفقة الموسرين ، ولا يتفق على ولده ، وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه . ولا يمنع^(٢٠) صحة النكاح ؛ فإن النبي ﷺ قال لبريرة : « لَوَرَجَعْتِي » . قالت : يا رسول الله ، أتأمرني ؟ قال : « إنما أنا شفيع » . قالت : فلا حاجة لي فيه . رواه البخاري^(٢١) . ومراجعتها له ابتداء النكاح ، فإنه قد

(١٨) في الأصل : « عمر » .

وعبد الله بن عمرو بن عثمان هو الذي يلقب بالمطرف لحسنه . تهذيب التهذيب ٥ / ٣٣٨ .

(١٩) في م : « الظاهرية » .

(٢٠) في الأصل زيادة : « من » .

(٢١) في م : « لأن » .

(٢٢) في : باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٧ / ٦٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب شفاعة الحاكم للخصوم قبل فصل الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٥ . وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا اعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧١ . والدارمي ، في : باب =

انْفَسَحَ نِكَاحُهَا بِاخْتِيَارِهَا ، وَلَا يَشْفَعُ إِلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ فِي أَنْ تُنْكَحَ عَبْدًا إِلَّا وَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ .

فصل : فَأَمَّا الْيَسَارُ ، ففیه روایتان ؛ إحداهما ، هو شَرْطُ فِي الْكَفَاءَةِ ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَسْبُ الْمَالُ »^(٢٣) . وقال : « إِنَّ أَحْسَابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ فِي هَذِهِ الدُّنْيَا هَذَا الْمَالُ »^(٢٤) . وقال لفاطمة بنت قيس ، حين أَخْبَرَتْهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ خَطَبَهَا : « أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُغْلُوكَ ، لَا مَالَ لَهُ »^(٢٥) . ولأنَّ على المُوسِرَةِ ضَرَرًا فِي إِعْسَارِ زَوْجِهَا ؛ لِإِخْلَالِهِ بِنَفَقَتِهَا وَمُوتَةِ أَوْلَادِهَا ، ولهذا مَلَكَتِ الْفَسْحُ بِإِخْلَالِهِ بِالنَّفَقَةِ ، فكذلك إِذَا كَانَ مُقَارِنًا ، ولأنَّ ذَلِكَ مَعْدُودٌ نَقْصًا فِي عُرْفِ النَّاسِ ، يَتَفَاضَلُونَ^(٢٦) فِيهِ كَتَفَاضُلِهِمْ فِي النَّسَبِ وَأَبْلَغَ ، قال نُبَيْهُ بْنُ الْحَجَّاجِ السَّهْمِيُّ^(٢٧) :

سَأَلْتَانِي الطَّلَاقَ أَنْ رَأَتَانِي قُلَّ مَالِي قَدْ جِئْتُمَانِي بِنُكْرٍ^(٢٨)
وَيَكُنَّ مَنْ لَهُ نُسَبٌ مُحَبَّبٌ وَمَنْ يَفْتَقِرُ يَعِشُ عَيْشٌ ضُرٌّ^(٢٩)

= في تخيير الأمة تكون تحت العبد فعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ٢ / ١٧٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢١٥ ، ٢٨١ ، ٣٦١ .

(٢٣) أخرجه الترمذي ، في : باب تفسير سورة الحجرات ، من أبواب التفاسير . عارضة الأحوذى ١٢ / ١٥٨ . وابن ماجه ، في : باب الورع والتقوى ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ١٤١٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٠ / ٥ .

(٢٤) أخرجه النسائي ، في : باب الحسب ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٣ . والحاكم ، في : باب تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء ... ، من كتاب النكاح . المستدرک ٢ / ١٦٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٣٦١ ، ٣٥٣ .

(٢٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٨ .

(٢٦) في م : « يتفاضلون » .

(٢٧) نُبَيْهُ بْنُ الْحَجَّاجِ السَّهْمِيُّ ، ذكره ابن خلكان نقلا عن جمهرة النسب لابن الكلبي ، فقال : نُبَيْهُ وَنُبَيْهَةُ ابْنَا الْحَجَّاجِ ابْنِ عَامِرِ بْنِ حَذِيفَةَ بْنِ سَعْدِ بْنِ سَهْمِ الْقُرَشِيِّ ، كَانَا سَيِّدَيَّ بَنِي سَهْمٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، قَتَلَا يَوْمَ بَدْرٍ كَافِرِينَ ، وَكَانَا مِنَ الْمُطْعَمِينَ . وفيات الأعيان ٦ / ٣٢٩ .

(٢٨) سقط البيت من : الأصل .

(٢٩) في ١ ، ب ، م ، ن : « نسب يحجب » .

فكان من شروط^(٣٠) الكفاة ، كالتَّسَبُّبِ . والرواية الثانية ، ليس بشرط ؛ لأنَّ الفقرَ شَرَفٌ في الدِّينِ ، وقد قال النبي ﷺ : « اللَّهُمَّ أَخِينِي مِسْكِينًا ، وَأُمْتِي مِسْكِينًا »^(٣١) . وليس هو أمرًا لازِمًا ، فأشَبَّه العافية من المَرَضِ ، واليسارَ المُعْتَبَرُ ما يَقْدَرُ به على الإنفاقِ عليها ، حسب ما يَجِبُ لها ، ويُمكنه أداءُ مهرِها .

١٨/٧

/فصل : فأما الصَّنَاعَةُ ، ففيها روايتان أيضا ؛ إحداهما ، أنَّها شَرَطٌ ، فَمَنْ كان من أهل الصنائع الدنيئة ، كالحائك ، والحجام ، والحارس ، والكسَّاج ، والدُّبَّاع ، والقيِّم ، والحمامي ، والزَّبال ، فليس بكفء^(٣٢) لبنات ذوى^(٣٣) المروءات ، أو أصحاب الصنائع الجليلة ، كالتجارة ، والبنية ؛ لأنَّ ذلك نقصٌ في عَرَفِ الناسِ ، فأشَبَّه نقصَ التَّسَبُّبِ ، وقد جاء في حديث^(٣٤) : « الْعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، إِلَّا حَائِكًا ، أَوْ حَجَّامًا »^(٣٥) . قيل لأحمد ، رَحِمَهُ اللهُ : وكيف تأخذُ به وأنت تُضَعِّفُه ؟ قال : الْعَمَلُ عليه . يعنى أنَّه وَرَدَ مُوافِقًا لأهل العَرَفِ . وَرَوَى أَنَّ ذلك ليس بنقصٍ ، ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة ؛ لأنَّ ذلك ليس بنقصٍ في الدِّينِ ، ولا هو لازمٌ ، فأشَبَّه الضَّعْفَ والمَرَضَ ، قال بعضهم^(٣٥) :

أَلَا إِنَّمَا التَّقْوَى هِيَ الْعِزُّ وَالْكَرَمُ وَحُبُّكَ لِلدُّنْيَا هُوَ الذُّلُّ وَالسَّقَمُ
وَلَيْسَ عَلَى عَبْدٍ تَقْيٌ تَقِيصَةً إِذَا حَقَّقَ التَّقْوَى وَإِنْ حَاكَ أَوْ حَجَمَ

وأما السَّلامَةُ من العيوبِ ، فليس من شروط الكفاة ، فَإِنَّهُ لا خِلَافَ في أَنَّهُ لا يَنْطَلُ التَّكَاحُ بَعْدَ مَهْرِهَا ، وَلَكِنَّهَا تُثَبَّتُ الْخِيَارَ لِلْمَرْأَةِ دُونَ الْأَوْلِيَاءِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ مُخْتَصٌّ بِهَا .

(٣٠) في الأصل : « شرط » .

(٣١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٠٧ .

(٣٢-٣٣) في ب : « لذوى » .

(٣٣) في م : « الحديث » .

(٣٤) أخرجه البيهقي ، في : باب اعتبار الصنعة في الكفاة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٥ .

(٣٥) البيتان لأبي العاتية ، وهما في ديوانه . انظر : أبو العاتية أشعاره وأخباره ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

وَلَوْلِيَّهَا مَنَعُهَا مِنْ نِكَاحِ الْمَجْدُومِ وَالْأَبْرَصِ وَالْمَجْنُونِ ، وما عدا هذا فليس بِمُعْتَبَرٍ ^(٣٦) في الكفاءة .

فصل : مَنْ أَسْلَمَ أَوْ عَتَقَ مِنَ الْعَبِيدِ ، فَهُوَ كُفَاءٌ لِمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فِي الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَةِ .
وقال أبو حنيفة : ليس بكُفَاءٍ . وليس بصحيح ؛ فَإِنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَكْثَرُهُمْ أَسْلَمُوا ، وَكَانُوا أَفْضَلَ الْأُمَّةِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ : إِنَّهُمْ غَيْرُ أَكْفَاءٍ لِلتَّابِعِينَ .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ الزَّوْنِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ كُفُوًا لِدَاتِ نَسَبٍ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، ذَكَرَ لَهُ أَنَّهُ يَنْكِحُ وَيُنْكَحُ إِلَيْهِ ؟ فَكَأَنَّهُ لَمْ يُجِبْ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تُعَيَّرُ بِهِ هِيَ وَأَوْلِيَاُهَا ^(٣٧) ، وَتَعْتَدِي ذَلِكَ إِلَى وَلَدِهَا . وَأَمَّا كَوْنُهُ لَيْسَ بِكُفَاءٍ لِعَرَبِيَّةٍ ، فَلَا إِشْكَالَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَذْنَى حَالًا مِنَ الْمَوْلَى .

فصل : وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ ، وَكَذَلِكَ الْعَجَمُ . قَالَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رَجُلٍ مِنْ بَنِي هَاشِمٍ لَهُ مَوْلَاةٌ : يُزَوِّجُهَا الْخُرَّاسَانِيَّ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَوَالِي الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ » ^(٣٨) . هُوَ فِي الصَّدَقَةِ ، فَأَمَّا فِي ^(٣٩) النِّكَاحِ فَلْيَنْكِحْ . وَذَكَرَ الْقَاضِي رَوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ يَكْفِيهِمْ ؛ لِهَذَا الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوَّجَ زَيْنًا وَأَسَامَةَ عَرَبِيَّيْنِ ^(٤٠) ، وَلِأَنَّ مَوَالِيَّ بَنِي هَاشِمٍ سَاوَوْهُمْ فِي جَرْمَانٍ / الصَّدَقَةِ ، فَيَسَاوَوْهُمْ فِي الْكِفَاءَةِ . وَلَيْسَ هَذَا بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمَوَالِي أَكْفَاءَ لِلْعَرَبِ ، فَإِنَّ الْمَوْلَى إِذَا كَانَ كُفَاءً سَيِّدُهُ كَانَ كُفُوًا لِمَنْ يَكْفِيهِ سَيِّدُهُ ، فَيَبْطُلُ اعْتِبَارُ الْمَنْصِبِ ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : هَذَا الْحَدِيثُ فِي الصَّدَقَةِ ، لَا فِي النِّكَاحِ . وَلِهَذَا لَا يُسَاوَوْهُمْ فِي اسْتِحْقَاقِ الْخُمْسِ ، وَلَا فِي الْإِمَامَةِ ، وَلَا فِي الشَّرَفِ . وَأَمَّا زَيْنٌ وَأَسَامَةُ ، فَقَدْ اسْتَدِلَّ بِنِكَاحِهِمَا

١٨/٧ ظ

(٣٦) في الأصل : (يعتبر) .

(٣٧) في ١ ، م : (وولديها) .

(٣٨) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٠ .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) تقدم تخريجه في صفحتي ٣٨٨ ، ٣٨٩ .

عَرَبِيَّتَيْنِ عَلَى أَنْ فَقَدَ الْكَفَاءَةَ لَا يَبْطُلُ النِّكَاحُ ، وَاعْتَذَرَ أَحْمَدُ عَنْ تَرْوِيجِهِمَا ، بِأَنَّهُمَا عَرَبِيَّانِ ، فَإِنَّهُمَا مِنْ كَلْبٍ ، وَإِنَّمَا طَرَأَ عَلَيْهِمَا رِقٌّ . فَعَلِيَ هَذَا يَكُونُ هَذَا^(٤١) حُكْمُ كُلِّ عَرَبِيٍّ الْأَصْلُ .

فصل : فَأَمَّا أَهْلُ الْبِدْعِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي الرَّجُلِ يُزَوِّجُ الْجَهْمِيَّ : يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا . وَكَذَلِكَ إِذَا زَوَّجَ الْوَاقِفِيُّ ، إِذَا كَانَ يُخَاصِمُ وَيَدْعُو ، وَإِذَا زَوَّجَ أَخْتَهُ مِنْ هَؤُلَاءِ اللَّفْظِيَّةِ^(٤٢) ، وَقَدْ كَتَبَ الْحَدِيثُ ، فَهَذَا^(٤٣) شَرٌّ مِنْ جَهْمِيٍّ ، يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا . وَقَالَ : لَا يُزَوِّجُ بِنْتَهُ مِنْ حُرُورٍ مَرَقَ مِنَ الدِّينِ ، وَلَا مِنَ الرَّافِضِيِّ ، وَلَا مِنَ الْقَدَرِيِّ ، إِذَا كَانَ لَا يَدْعُو فَلَا بَأْسَ . وَقَالَ : مَنْ لَمْ يَرْبِعْ^(٤٤) بَعْلِيٍّ فِي الْخِلَافَةِ ، فَلَا تَنَاجِيَهُ ، وَلَا تُكَلِّمُوهُ . قَالَ الْقَاضِي : الْمُقْلَدُ مِنْهُمْ يَصِحُّ تَرْوِيجُهُ ، وَمَنْ كَانَ دَاعِيَةً مِنْهُمْ فَلَا يَصِحُّ تَرْوِيجُهُ .

فصل : وَالْكَفَاءَةُ مُعْتَبَرَةٌ فِي الرَّجُلِ دُونَ الْمَرْأَةِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا مُكَافِئَ لَهُ ، وَقَدْ تَزَوَّجَ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ ، وَتَزَوَّجَ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُثَيْ ، وَتَسَرَّى بِالْإِمَاءِ ، وَقَالَ : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ ، فَعَلَّمَهَا ، وَأَحْسَنَ تَعْلِيمَهَا ، وَأَحْسَنَ إِلَيْهَا ، ثُمَّ أَغْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا ، فَلَهُ أَجْرَانِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤٥) . وَلَأنَّ الْوَلَدَ يَشْرَفُ بِشَرَفِ أَبِيهِ ، لَا بِأُمِّهِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ ذَلِكَ فِي الْأُمِّ .

(٤١) سقط من : ب ، م .

(٤٢) في م : « اللَّقْطَةُ » .

(٤٣) في ب : « فَهُوَ » .

(٤٤) أى بعده رابع الخلفاء الراشدين .

(٤٥) أخرجه البخارى ، في : باب تعلم الرجل أمته وأهله ، من كتاب العلم ، وفي : باب فضل من أدب جاريته وعلمها ، من كتاب العتق ، وفي : باب فضل من أسلم من أهل الكتابين ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب : ﴿ وَادَّكَّرَ فِي الْكِتَابِ مَرِمٌ ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب اتخاذ السراى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١ / ٣٥ ، ٣ / ١٩٥ ، ٤ / ٧٤ ، ٢٠٤ ، ٧ / ٧ . ومسلم ، في : باب وجوب الإيمان برسالة نبينا محمد ﷺ ... ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١ / ١٣٤ ، ١٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٣ . =

١١١٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ الْبَكْرَ ، فَوَضَعَهَا فِي كَفَاءَةٍ ، فَالنِّكَاحُ ثَابِتٌ وَإِنْ كَرِهَتْ ، كَبِيرَةٌ كَانَتْ أَوْ صَغِيرَةٌ)

أَمَّا الْبَكْرُ الصَّغِيرَةُ ، فلا خلافَ فيها . قال ابنُ المنذرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ نِكَاحَ الْأَبِ ابْنَتَهُ الْبَكْرَ^(١) الصَّغِيرَةَ جَائِزٌ ، إِذَا زَوَّجَهَا مِنْ كُفٍّ ، وَيجوزُ لَهُ تَزْوِيجُهَا مَعَ كَرَاهِيَّتِهَا وَامْتِنَاعِهَا . وَقَدْ ذَلَّ عَلَى جَوَازِ تَزْوِيجِ الصَّغِيرَةِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾^(٢) فَجَعَلَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ عِدَّةَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، وَلَا تَكُونُ الْعِدَّةُ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا مِنْ طَلَاقٍ^(٣) فِي نِكَاحٍ أَوْ فُسْخٍ ، فَذَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهَا تُزَوَّجُ وَتُطَلَّقُ ، وَلَا إِذْنٌ لَهَا فَيُعْتَبَرُ . وَقَالَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : تَزَوَّجَنِي النَّبِيُّ ﷺ وَأَنَا ابْنَةُ سِتٍّ ، وَبَنَى بِي وَأَنَا ابْنَةُ تِسْعٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) .. وَمَعْلُومٌ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ فِي تِلْكَ الْحَالِ مِمَّنْ يُعْتَبَرُ / إِذْنُهَا . وَرَوَى الْأَثَرُ ، أَنَّ قَدَامَةَ بْنَ مَطْعُونٍ تَزَوَّجَ ابْنَةَ الزُّبَيْرِ حِينَ نَفَسَتْ ، فَقِيلَ لَهُ ، فَقَالَ : ابْنَةُ الزُّبَيْرِ إِنْ مِتُّ وَرِثْتَنِي ، وَإِنْ عِشْتُ كَانَتْ امْرَأَتِي . وَزَوَّجَ عَلِيٌّ ابْنَتَهُ أُمَّ كُلْثُومٍ وَهِيَ صَغِيرَةٌ عَمَرُ

و١٩/٧

= وابن ماجه ، في : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٩ . والدارمي ، في : باب فضل من أعتق أمة ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٥٤ ، ١٥٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٣٩٥ ، ٣٩٨ ، ٤٠٢ ، ٤١٤ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) في م : « الطلاق » .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب تزويج النبي ﷺ عائشة ... ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخاري ٥ / ٧٠ ، ٧١ . ومسلم ، في : باب تزويج البكر الصغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٨ ، ١٠٣٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تزويج الصغار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٠ . وابن ماجه ، في : باب نكاح الصغار يزوجهن الآباء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٣ ، ٦٠٤ . والدارمي ، في : باب في تزويج الصغار إذا زوجهن آباؤهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٥٩ ، ١٦٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٤٢ ، ١١٨ ، ٢١١ .

ابن الخطّاب ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا . وَأَمَّا الْبِكْرُ الْبَالِغَةُ الْعَاقِلَةُ ، فَعَنْ أَحْمَدَ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى النِّكَاحِ ، وَتَرْوِجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، كَالصَّغِيرَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَالثَّانِيَةِ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الْأَوْزَاعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تُنْكَحُ الْأَيُّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ »^(٥) . فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَكَيْفَ إِذْنُهَا ؟ قَالَ : « أَنْ تُسْكَتَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٧) ، وَابْنُ مَاجَهَ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرًا ، أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ . وَلَائِهَا جَائِزَةُ التَّصْرِيفِ فِي مَالِهَا ، فَلَمْ يَجْزْ إِجْبَارُهَا ، كَالثَّيِّبِ ، وَالرَّجُلِ^(٨) . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَنْ^(٩) ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ »^(١٠) ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا . رَوَاهُ^(١١) مُسْلِمٌ وَ^(١٢)

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : « تَأْذَنَ » .

(٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَنْكَحُ الْأَبَ وَغَيْرَهُ الْبِكْرَ وَالثَّيِّبَ إِلَّا بِرِضَاهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ فِي النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الْحَيْلِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧ / ٢٣ ، ٩ / ٣٢ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ الثَّيِّبِ فِي النِّكَاحِ بِالنُّطْقِ ... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢ / ١٠٣٦ ، ١٠٣٧ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْاِسْتِمَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١ / ٤٨٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ إِذْنِ الْبِكْرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَجْتَبِيُّ ٦ / ٧١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي اسْتِمَارِ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٢٣ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ اسْتِمَارِ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ١ / ٦٠٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ اسْتِمَارِ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢ / ١٣٨ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٢٥٠ ، ٢٧٩ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ .

(٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « فِي سَنَتِهِ » .

(٨) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٧٩ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(١١) فِي الْأَصْلِ ، أ : « تُسْتَأْمَرُ » .

(١٢-١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

أبو داود^(١٣) . فلما قَسَمَ النِّسَاءَ قِسْمَيْنِ ، وَأَثَبَتَ الْحَقَّ لِأَحَدِهِمَا ، دَلَّ عَلَى نَفْيِهِ عَنِ الْآخَرِ ، وَهِيَ^(١٤) الْبِكْرُ ، فَيَكُونُ وَلِيُّهَا أَحَقُّ مِنْهَا بِهَا ، وَدَلَّ الْحَدِيثُ عَلَى أَنَّ^(١٥) الْاسْتِمَارَ هُنَا ، وَالْاسْتِئْذَانَ فِي حَدِيثِهِمْ مُسْتَحَبٌّ ، لَيْسَ بِوَاجِبٍ ، لَمَّا^(١٦) رَوَى ابْنُ عَمَرَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « آمُرُوا النِّسَاءَ فِي بَنَاتِيهِنَّ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٧) . وَحَدِيثُ الَّتِي خَيْرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُرْسَلٌ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا الَّتِي زَوَّجَهَا أَبُوهَا مِنْ ابْنِ أَخِيهِ لِيُرَفَعَ بِهَا خَسِيسَتَهُ^(١٨) ، فَتَخْيِرُهَا لِذَلِكَ ، وَلَأنَّ مَا لَا يُشْتَرَطُ فِي نِكَاحِ^(١٩) الصَّغِيرَةِ لَا يُشْتَرَطُ فِي نِكَاحِ الْكَبِيرَةِ ، كَالنُّطْقِ . وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : « فَوَضَعَهَا فِي كِفَاءَةٍ » يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَابِئِينَ عَنْ أَحْمَدَ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ تَزْوِيجُهَا مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ . كَسَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْمُحَرَّمَةِ ، وَلَأنَّهُ عَقْدٌ لِمَوْلَاتِهِ عَقْدًا لَا حَظَّ لَهَا فِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَبَيْعِهِ عَقَارَهَا

(١٣) أخرجه مسلم ، في : باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٧ / ٢ . وأبو داود ، في : باب في الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٤ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب في النكاح . من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٩ / ٣٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في استثمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٥ . والنسائي ، في : باب استئذان البكر في نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٩ . وابن ماجه ، في : باب استثمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠١ . والدارمي ، في : باب استثمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٨ . والإمام مالك ، في : باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٢٤ ، ٥٢٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢١٩ ، ٢٤٢ ، ٢٦١ ، ٢٧٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٥ ، ٣٦٢ . (١٤) في الأصل ، ب : « وهو » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) في م : « كما » .

(١٧) بعد هذا في م زيادة : « وحديث أبي داود » . والحديث أخرجه أبو داود ، في : باب في الاستثمار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٤ .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٣٧٩ .

(١٩) في أ ، م : « النكاح » .

من غير غبطة ولا حاجة ، أو يبيعه بدون ثمن مثله^(٢٠) ، ولأنه نائب عنها شرعاً ، فلم يصح
تصرفه لها شرعاً^(٢١) بما لاحظ لها فيه ، كالوكيل . والثانية ، يصح ؛ لأنه عيب في
المفقود عليه ، فلم يمنع الصحة ، كسراء / المعيب الذي لا يعلم عيبه . ويحتمل أن لا
يصح النكاح ، إذا علم أن الزوج ليس بكفء ، ويصح إذا لم يعلم ؛ لأنه إذا علم حرم
عليه العقد ، فبطل لتحريمه ، بخلاف ما لم يعلمه ، كما إذا^(٢٢) اشترى لها معيباً يعلم
عيبه . ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة ؛ لأنه يمكن استدراك الضرر ، بإثبات الخيار
لها ، فتفسخ إن كرهت ، وإن لم تفسخ كان كإجارتها وإذنها ، بخلاف نكاح
الصغيرة . وعلى^(٢٣) القول بصحته ؛ فإن كانت كبيرة ، فلها الخيار ، ولا خيار لأبيها إذا
كان عالماً ؛ لأنه أسقط حقه برضاه ، وإن كانت صغيرة ، فعليه الفسخ ، ولا يسقط
برضاه ؛ لأنه يفسخه^(٢٤) لحظها ، وحقها لا يسقط برضاه . ويحتمل أن لا يكون له
الفسخ ، ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ فتختار . وإن كان لها ولي غير الأب ، فلها
الفسخ على ما مضى . وعلى كلتا الروايتين ، فلا يحل له تزويجها^(٢٥) من غير كفء ، ولا
من معيب ؛ لأن الله تعالى أقامه مقامها ، ناظرًا لها فيما فيه الحظ ، ومقتصراً^(٢٦) لها ،
^(٢٧) لعجزها عن التصرف في نفسها ، فلا يجوز له فعل ما لاحظ لها^(٢٧) فيه ، كما في مالها ،
ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لاحظ فيه ، ففى نفسها أولى .

(٢٠) في ب : « المثل » .

(٢١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٢) في م : « لو » .

(٢٣) في ا ، م : « على » .

(٢٤) في م : « يفسخ » .

(٢٥) في الأصل ، ا ، ب : « أن يزوج » .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧) (٢٧-٢٧) سقط من : م .

١١١٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ هَذَا لِغَيْرِ الْأَبِ)

يعنى ليس لغير الأب إجبارٌ كبيرة ، ولا تزويجٌ صغيرة ، جدًّا كان أو غيره . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، والثَّوْرِيُّ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى . وبه قال الشافعى ، إلَّا فى الجَدِّ ، فإنه جَعَلَهُ كالأب ؛ لأنَّ وِلايَتَهُ وِلايَةُ إِبِلَادٍ ، فَمَلَكَ إجبارها^(١) كالأب . وقال الحسنُ ، وعمرُ ابن عبد العزيز ، وعطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وقتادةٌ ،^(٢) وابنُ شُبْرُمَةَ^(٣) ، والأوزاعى ، وأبو حنيفةٌ : لغير الأب تزويجُ الصغيرة ، ولها الخيارُ إذا بَلَغَتْ . وقال هؤلاء غيرُ أبى حنيفة : إذا زَوَّجَ الصغيرَينِ غيرُ الأبِ ، فلهما الخيارُ إذا بَلَغَا . قال أبو الحُطَّابِ : وقد نَقَلَ عبدُ الله ، عن أبيه ، كقول أبى حنيفة ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾^(٤) . فَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَخَفْ ، فَلَهُ تَزْوِيجُ الْيَتِيمَةِ ، واليَتِيمُ^(٥) مَنْ لَمْ يَبْلُغْ ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَتَمَّ بَعْدَ احْتِلَامٍ »^(٦) . قال عُرْوَةُ : سألتُ عائشةَ عن قولِ الله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى ﴾ . فقالت : يا ابنَ أُختى ، هذه الْيَتِيمَةُ تَكُونُ فى حِجْرٍ وَلِيَّهَا ، فَيَشْرِكُهَا^(٧) فى مالِهَا ، وَيُعْجِبُهَا مالُهَا وَجَمالُهَا^(٨) ، فَيُرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ أَنْ يُقْسِطَ فى صَدَاقِهَا ، فَيُعْطِيهَا مِثْلَ مَا يُعْطِيهَا غَيْرُهُ ، فَتُهْوَأُ عَنْ نِكَاحِهَا إِلَّا أَنْ يُقْسِطُوا فِيهَا ، وَيَبْلُغُوا أَعْلَى سُنَّتِهَا فى الصَّدَاقِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٩) . / ولأنَّه وَلِيٌّ فى النِّكَاحِ ، فَمَلَكَ التَّزْوِيجَ كالأب . ولنا ، قولُ

٢٠/٧

(١) فى الأصل ، ب : « الإِجْبَارِ » .

(٢-٢) فى الأصل : « وابنِ سَمِينٍ » .

(٣) سورة النساء ٣ .

(٤) فى الأصل ، ب : « واليَتِيمَةِ » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٦ .

(٦) فى ١ ، ب ، م : « ويشْرِكُهَا » .

(٧) فى الأصل : « أو جَمالُهَا » .

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب شركة اليتيم وأهل الميراث ، من كتاب الشركة ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَيْرَ بِالْطَّيِّبِ ... ﴾ . من كتاب الوصايا ، وفى : باب : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب التَّزْوِيجِ فى النِّكَاحِ ، وباب الأَكْفَاءِ فى المال وتزويج المقل المنيعة ، وباب لا =

النَّبِيُّ ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَإِنْ ^(٩) سَكَتَتْ فَهِيَ إِذْنُهَا ، وَإِنْ أَبَتْ ، فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا » . رواه أبو داود ، والنسائي ^(١٠) . وَرَوَى ^(١١) ابْنُ عَمْرٍ ، أَنَّ قُدَامَةَ بْنَ مَظْعُونٍ زَوَّجَ ابْنَ عَمْرِو ابْنَةَ أَخِيهِ عَثْمَانَ ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ ، وَلَا ^(١٢) تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا » ^(١٣) . واليتيمة : الصغيرة التي مات أبوها . ولأنَّ غير الأب قاصرُ الشَّفَقَةِ ، فلا يُلِي نِكَاحَ صَغِيرَةٍ ^(١٤) ، كالأجنبي ، وغير الجدِّ لا يلي مالها ، فلا يَسْتَبْدُ بِنِكَاحِهَا ، كالأجنبي . ولأنَّ الجدَّ يَدْلِي ^(١٥) بِوَلَايَةِ غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْعَصَبَاتِ ، وفَارَقَ الأبَّ ، فَإِنَّهُ يَدْلِي بِغَيْرِ وَاسِطَةٍ ، وَيُسْقِطُ الْإِخْوَةَ وَالْجَدَّ ، وَيَحْجُبُ الْأُمَّ عَنْ ثُلُثِ الْمَالِ إِلَى ثُلُثِ الْبَاقِي فِي زَوْجٍ وَأَبْوَيْنِ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبْوَيْنِ . وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْبَالِغَةِ بِدَلِيلِ قَوْلِ

= يتزوج أكثر من أربع ، وباب إذا كان الولي هو الخاطب ، وباب تزويج اليتيمة ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب ما نهى من الاحتيال للولي في اليتيمة ... ، من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٣ / ١٨٣ ، ٤ / ١١ ، ٦ / ٥٣ ، ٥٤ ، ٧ / ٣ ، ١٠ ، ١١ ، ٢١ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٩ / ٣١ . ومسلم ، في : كتاب التفسير ، صحيح مسلم ٤ / ٢٣١٣ ، ٢٣١٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٧ . والنسائي ، في : باب القسط في الصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٥ .

(٩) في ب ، م : « وإن » .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : باب في الاستعمار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٣ . والنسائي ، في : باب استئذان البكر في نفسها ، وباب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٩ ، ٧٢ . كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٩ . والدارمي ، في : باب في اليتيمة تزوج نفسها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٦١ ، ٣٣٤ ، ٢ / ٢٥٩ ، ٤٧٥ ، ٤ / ٣٩٤ ، ٤٠٨ ، ٤١١ .

(١١) في م زيادة : « عن » .

(١٢) في الأصل : « فلا » .

(١٣) أخرجه الحاكم ، في : باب لا تنكحوا النساء حتى تستأمرهن ، من كتاب النكاح . المستدرک ٢ / ١٦٧ . والدارقطني ، في : كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٣٠ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في إنكاح اليتيمة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٠ ، ١٢١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٣٠ .

(١٤) في م : « الصغيرة » .

(١٥) في م : « يلي » .

الله تعالى : ﴿ تَوَثُّوْنَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ ﴾ ^(١٦) . وإنما يُدْفَعُ إلى الكبيرة ، أو نُحْمِلُهَا على بنتِ تسع .

فصل : وإذا بَلَغَتِ الجاريةُ تسعَ سنينَ ، ففيها روايتان ؛ إحداهما ، أنها كَمَنَ لم تُبْلَغْ تسعًا ، نصُّ عليه في رواية الأثرم . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وسائر الفقهاء . قالوا : حُكْمُ بِنْتِ تسعِ سنينَ ^(١٧) ، حُكْمُ بِنْتِ ثمانٍ ؛ لأنها غيرُ بالغةٍ ، ولأنَّ إذنها لا يُعْتَبَرُ في سائرِ التَّصَرُّفَاتِ ^(١٨) ، فكَذَلِكَ في النِّكَاحِ . والرواية الثانية ، حُكْمُهَا حُكْمُ البالغةِ . نصُّ عليه في رواية ابن منصور ؛ لِمَفْهُومِ الآيَةِ ، ودَلَالَةِ الْخَبَرَيْنِ ^(١٩) بِعُمُومِهِمَا ، على أَنَّ الْيَتِيمَةَ تُنْكَحُ بِإِذْنِهَا ، وإنْ أَبَتْ فلا جَوَازَ عَلَيْهَا ، وقد اتَّفَقَ ^(٢٠) به الإذْنُ في مَنْ دُونَهَا ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ على مَنْ بَلَغَتْ تسعًا . وقد رَوَى الإمامُ أحمدُ ^(٢١) ، بإسْنَادِهِ عن عائشةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهَا ، أنها قالتْ : إذا بَلَغَتِ الجاريةُ تسعَ سنينَ فهي امرأةٌ . ورواه القاضي ، بإسْنَادِهِ عن ابنِ عمرَ ، عن النبي ﷺ . وَمَعْنَاهُ ^(٢٢) : في حُكْمِ المرأةِ . ولأنَّهَا بَلَغَتْ سِنًا يُمَكِّنُ فِيهِ حَيْضُهَا ، وَيَحْدُثُ لَهَا حَاجَةً إِلَى النِّكَاحِ ، فَيُبَاحُ تَزْوِيجُهَا كَالْبَالِغَةِ . فعلى هذا إذا زُوِّجَتْ ثم بَلَغَتْ ، لم يَكُنْ لَهَا خِيَارٌ ، كَالْبَالِغَةِ إذا زُوِّجَتْ . وقد خَطَبَ عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أُمَّ كُلْثُومِ ابْنَةَ أَبِي بَكْرٍ بعدَ موْتِهِ إلى عائشةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهَا ، فَأَجَابَتْهُ ، وهى لِدُونِ عَشْرِ ، لأنها إنما وُلِدَتْ بعدَ موْتِ أبيها ، وإنما كانت ولايةُ عمرَ عَشْرًا ، فَكَرِهَتْهُ الْجَارِيَةُ ، فَتَزَوَّجَهَا طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدٍ

(١٦) سورة النساء ١٢٧ .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) في الأصل : « الصفات » .

(١٩) في م : « الخبر » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢١) أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى

٥ / ٢٩ . ولعل الإمام أحمد رواه في غير المسند .

(٢٢) في م : « بمعناه » .

الله^(٢٣) ، ولم يُنكِره مُنْكَرٌ ، فدلَّ على اتِّفَاقِهِمْ على صِحِّهِ تَزْوِيجِهَا قَبْلَ بُلُوغِهَا بِوِلَايَةِ غَيْرِ أَبِيهَا . والله أعلم .

١١٢٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ اسْتَأْذَنَ الْبِكْرُ الْبَالِغَةَ وَالِدَهَا ، كَانَ حَسَنًا)

لا نعلمُ خلافًا في / اسْتِحْبَابِ اسْتِئْذَانِهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد أَمَرَ به ، وَهَيَّى عَنْ النِّكَاحِ بُلُوغَهُ ، وَأَقْلَّ أحوال ذلك الاسْتِحْبَابُ ، وَلَأنَّ فِيهِ تَطْيِيبَ قَلْبِهَا ، وَخُرُوجًا مِنَ الْخِلَافِ . وَقَالَتْ عَائِشَةُ : سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْجَارِيَةِ يَنْكِحُهَا أَهْلُهَا ، أَتُسْتَأْمَرُ أَمْ لَا ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « نَعَمْ ، تُسْتَأْمَرُ » . وَقَالَ : « اسْتَأْمِرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْضَاعِهِنَّ ؛ فَإِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِى ، فَتَسْكُتُ ، فَهُوَ إِذْنُهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(١) . وَرَوَى عَنْ عَطَاءٍ ، قَالَ : كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَسْتَأْمِرُ بَنَاتِهِ إِذَا أَنْكَحَهُنَّ . قَالَ : كَانَ يَجْلِسُ عِنْدَ خِذْرِ الْمَخْطُوبَةِ ، فيقولُ : « إِنَّ فَلَانًا يَذْكُرُ فَلَانَةً » . فَإِنْ حَرَكَتِ الْخِذْرَ لَمْ يَزُوجْهَا ، وَإِنْ سَكَتَتْ زَوَّجَهَا^(٢) .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُ الْمَرْأَةِ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهَا ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « آمِرُوا النِّسَاءَ فِي بَنَاتِهِنَّ »^(٣) . وَلَأنَّهَا تُشَارِكُهُ فِي النَّظَرِ لِابْنَتِهَا ، وَتَحْصِيلِ الْمَصْلَحَةِ لَهَا ، لِشَفَقَتِهَا عَلَيْهَا ، وَفِي اسْتِئْذَانِهَا تَطْيِيبَ قَلْبِهَا^(٤) ، وَإِرْضَاءً لَهَا فَتَكُونُ أَوْلَى .

(٢٣) أوردته أبو نعيم ، في ذكر أخبار أصبهان ٢ / ٢٧٣ .

(١) أخرجهما البخاري ، في : باب لا يجوز نكاح المكره ، من كتاب الإكراه . صحيح البخاري ٩ / ٢٦ ، ٢٧ . ومسلم ، في : باب استئذان الثيب في النكاح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٧ . كما أخرج الأول الإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ١٦٥ . والثاني النسائي ، في : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٤٥ ، ٢٠٣ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٧٨ عن عائشة . وعبد الرزاق ، في : باب استعمار النساء في أبضاعهن ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٤٤ . باختلاف يسير في لفظه ، ومن رواية ابن أبي كثير بلفظه في ٦ / ١٤١ . (٣) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٠ .

(٤) في الأصل : « لقلبها » .

١١٢١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ الثَّيْبَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ ، وَإِنْ رَضِيَتْ بَعْدَ)

وجملة ذلك أن «الثَّيْبَ تَنْقَسِمُ»^(١) قِسْمَيْنِ ؛ كبيرة ، وصغيرة ، فأما الكبيرة ، فلا يجوز للأب «ولا لغيره»^(٢) تزويجها إلا «^(٣) بإذنها ، في قول عامة أهل العلم ، إلا الحسن قال : له تزويجها وإن كرهت . والنَّحْيُ قال : يُزَوَّجُ بنته إذا كانت في عياله ، فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها . قال إسماعيل بن إسحاق : لا أعلم أحدا قال في البنت بقول الحسن ، وهو قول شاذ ، خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة»^(٤) ، فإنَّ الحنساء ابنة خدام^(٥) الأنصارية ، رَوَتْ أَنَّ أباهَا زَوَّجَهَا وهى ثَيْبٌ ، فَكَرِهَتْ ذلك ، فَأَتَتْ رسولَ الله ﷺ ، فَرَدَّ نِكَاحَهُ . رَوَاهُ البخاريُّ ، والأئمةُ كلُّهم^(٦) . قال ابنُ عبدِ البرِّ : هذا الحديثُ مُجْمَعٌ^(٧) على صحَّته ، والقول به ، لا نعلمُ مخالفاً له إلا الحسن ، وكانت الحنساء من أهل قُبَاءَ ، وكانت تحت أنيس بن قنادة ، فقتل عنها يوم أُحُدَ ، فزَوَّجَهَا أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوفٍ ، فَكَرِهَتْهُ ، وَشَكَتْ ذلك إلى رسولِ الله ﷺ ، فَرَدَّ نِكَاحَهَا ، وَنَكَحَتْ أَبَالَبَابَةَ بن عبد المُنْذِرِ . وَرَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رسولَ الله ﷺ

(١-١) في م : « البنت تقسم » .

(٢-٢) في ا ، م : « ولغيره » .

(٣) في الأصل : « بغير » .

(٤) سقط من : م .

(٥) ويروي « خدام » . انظر : عون المعبود شرح سنن أبي داود ١٩٧ / ٢ .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب لا يجوز نكاح المكره ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخاري ٩ / ٢٦ . وأبو داود ، في : باب في الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٤ . وابن ماجه ، في : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمي ، في : باب الثيب يزوجه أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٩ . والإمام مالك ، في : باب جامع ما لا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٧) في الأصل : « مجتمع » .

قال : « لَا تُنَكِّحُ الْأَيْمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨) . وقال : « الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا » ^(٩) . وَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، قَالَ : « لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ » . رَوَاهُمَا النَّسَائِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ ^(١٠) . / وَلَئِنْهَا رَشِيدَةٌ عَالِمَةٌ بِالْمَقْصُودِ مِنَ النِّكَاحِ مُحْتَبَرَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ إِجْبَارُهَا عَلَيْهِ ، كَالرَّجُلِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، الثَّيِّبُ الصَّغِيرُ ، ^(١١) « وَفِي تَرْوِيجِهَا » وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ تَرْوِيجُهَا ، وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَاخْتِيارُ ^(١٢) ابْنِ حَامِدٍ ، وَابْنِ بَطَّةٍ ، وَالْقَاضِي ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ، وَلِأَنَّ الْإِجْبَارَ يَخْتَلِفُ بِالْبَكَارَةِ وَالثَّبُوبَةِ ، لَا بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ ، وَهَذِهِ ثَبَّتَ ، وَلِأَنَّ فِي تَأْخِيرِهَا فَائِدَةً ، وَهُوَ أَنْ تَبْلُغَ فَتُحْتَارَ لِنَفْسِهَا وَيُغْتَبَرَ إِذْنُهَا ، فَوَجَبَ التَّأْخِيرُ ، بِخِلَافِ الْبِكْرِ . الْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّ لِأَيِّهَا تَرْوِيجَهَا ، وَلَا يَسْتَأْمَرُهَا . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهَا صَغِيرَةٌ ، فَجَازَ إِجْبَارُهَا كَالْبِكْرِ وَالْغُلَامِ . يُحَقِّقُ ذَلِكَ أَنَّهَا لَا تَزِيدُ بِالثَّبُوبَةِ عَلَى مَا حَصَلَ لِلْغُلَامِ بِالذَّكُورِيَّةِ ، ثُمَّ الْغُلَامُ يُجْبَرُ إِذَا ^(١٣) كَانَ صَغِيرًا ، فَكَذَا هَذِهِ ، وَالْأَخْبَارُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْكِبَرَةِ ، فَإِنَّهُ جَعَلَهَا أَحَقَّ بِنَفْسِهَا ^(١٤) مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالصَّغِيرَةُ لَا أَحَقَّ لَهَا . وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنَّ ابْنَةَ تِسْعِ سِنِينَ ^(١٥) يَزُوجُهَا وَلِيِّهَا بِإِذْنِهَا ، وَمَنْ دُونَ ذَلِكَ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْبِكْرِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١١٢٢ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا الثَّيِّبُ الْكَلَامُ ، وَإِذَا الْبِكْرُ الصُّمَاتُ)

أَمَّا الثَّيِّبُ ، فَلَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي أَنَّ إِذْنَهَا الْكَلَامُ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ اللِّسَانَ

(٨) تقدم تحريمه في صفحة ٤٠٠ .

(٩) أخرج الثاني أبو داود ، في : باب في الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٤ . والنسائي ، في : باب استئذان البكر في نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٠ .

(١٠-١١) في ١ ، ب ، م ، : وفيها .

(١١) في م : واختاره .

(١٢) في م : إن .

(١٣) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

هو الْمُعْتَبَرُ عما في الْقَلْبِ ، وهو الْمُعْتَبَرُ في كُلِّ موضع يُعْتَبَرُ فيه الْإِذْنُ ، غيرَ أَشْيَاءَ يَسِيرَةٍ أُقِيمَ فيها الصَّمْتُ مُقَامَهُ لِعَارِضٍ . وَأَمَّا الْبِكْرُ فَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا ، في قولِ عَامَّةٍ ^(١) أَهْلِ الْعِلْمِ ، منهم ؛ شُرَيْحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ^(٢) ، وَالنَّحْعِيُّ ^(٣) ، وَالشُّورِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْوَلِيِّ أَبَا أَوْ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : في صَمَتِهَا في حَقِّ غَيْرِ الْأَبِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَكُونُ إِذْنًا ؛ ^(٤) لِأَنَّ الصُّمَاتَ عَدَمَ الْإِذْنِ ، فَلَا يَكُونُ إِذْنًا ^(٥) ، وَلِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لِلرَّضَى ^(٦) وَالْحَيَاءِ وَغَيْرِهِمَا ، فَلَا يَكُونُ إِذْنًا ، كَمَا في حَقِّ الثَّيِّبِ ، وَإِنَّمَا اكْتَفَى بِهِ في حَقِّ الْأَبِ ، لِأَنَّ رِضَاءَهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ . وَهَذَا شُدُودٌ عَنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَتَرْكٌ لِلسُّنَّةِ الصَّحِيحَةِ الصَّرِيحَةِ ، يُصَانُ الشَّافِعِيُّ عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَيْهِ ، وَجَعَلَهُ مَذْهَبًا لَهُ ، مَعَ كَوْنِهِ مِنْ أَتْبَاعِ النَّاسِ لِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَلَا يُعْرَجُ مُنْصِيفٌ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، وَقَدْ تَقَدَّمَ رَوَايَتُنَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فَقَالُوا ^(٧) : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَكَيْفَ إِذْنُهَا ؟ قَالَ : « أَنْ تَسْكُتَ » ^(٨) . وَفِي رَوَايَةٍ عَنْ عَائِشَةَ ، أَنَّهَا قَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي . قَالَ : « رِضَاهَا صُمَاتُهَا » ^(٩) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٠) . وَفِي رَوَايَةٍ : « وَالْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ ، فَصَمَتُهَا إِقْرَارُهَا » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ . وَفِي رَوَايَةٍ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهِيَ إِذْنُهَا » ^(١١) . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي غَيْرِ

٢١/٧ ظ

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : أ .

(٤-٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥) في أ ، ب ، م : « الرضى » .

(٦) في أ ، ب ، م : « فقال » .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٠ .

(٨) في الأصل ، أ ، ب : « صمتها » .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٥ .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٣ .

ذات الأب . وروى الأثرم ، عن عدي الكندي ، عن رسول الله ﷺ ، أنه قال : « الثيبُ تُعْرَبُ عَنْ نَفْسِهَا ، والبكرُ رضاها صَمَتُهَا »^(١١) . والأخبارُ في هذا كثيرةٌ . ولأنَّ الحياءَ عَقْلَةٌ على لسانِها ، يَمْنَعُهَا النُّطْقَ بِالْإِذْنِ ، ولا تُسْتَجِي من إِبَائِها وامْتِناعِها ، فإذا سَكَتَتْ غَلَبَ على الظَّنُّ أَنَّهُ لِرِضاها ، فاكْتَفَى به . وما ذَكَرُوهُ^(١٢) يُفْضِي إلى^(١٣) أن لا يَكُونُ صُمائِها^(١٤) إِذْنا في حَقِّ الأبِ أَيْضاً ؛ لأنَّهُم جَعَلُوا وُجُودَهُ كَعَدَمِهِ ، فيَكُونُ إِذَا رَدًّا على النَّبِيِّ ﷺ بِالْكَلْبَةِ ، وأَطْرَاحاً للأخبارِ الصَّريحَةِ الجَلِيلَةِ^(١٥) ، وَخَرَقاً لِإِجماعِ الأُمَّةِ المَرْضِيَّةِ .

فصل : فَإِنْ نَطَقَتْ بِالْإِذْنِ ، فَهُوَ أَبْلَغُ وَأَتَمُّ في الإِذْنِ مِنْ صَمَتِها ، وَإِنْ بَكَتْ أَوْ ضَحِكَتْ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ سُكُوتِها . وقال أبو يوسفَ ومحمدُ : إِنْ بَكَتْ فَلَيْسَ بِإِذْنٍ ؛ لأنَّهُ يَدُلُّ على الكَراهَةِ^(١٦) ، وَلَيْسَ بِصَمَتٍ ، فَيَدْخُلُ في عُمُومِ الحَدِيثِ . ولنا ، ما رَوَى أبو بَكْرٍ بِإِسْنادِهِ ، عن أَبِي هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ النِّتِيمَةُ ، فَإِنْ بَكَتْ أَوْ سَكَتَتْ فَهُوَ رِضاها ، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَّازَ عَلَيْها »^(١٧) . ولأنَّها غَيْرُ^(١٨) ناطِقَةٍ بِالامْتِناعِ مع سَماعِها لِلإِسْتِثْذانِ ، فَكان إِذْنا مِنْها كالصُّماتِ أَوْ الضَّحِكِ^(١٩) . والبُكَاءُ يَدُلُّ على قَرُطِ الحَياءِ ، لا على الكَراهَةِ ، وَلَوْ كَرِهَتْ لَأَمْتَنَعَتْ ، فَإِنَّها لا تُسْتَجِي

(١١) في الأصل ، م : « صماتها » .

(١٢) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب استثمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والبيهقي ، في : باب إذن البكر الصمت ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٩٢ .

(١٣-١٤) في الأصل : « يقتضى » .

(١٤) في ١ ، ب : « صمتها » .

(١٥) في م : « الجليلة » .

(١٦) في ١ ، م : « الكراهية » .

(١٧) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٣ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) في م : « والضحك » .

من الامتناع ، والحديث يُدَلُّ بِصَرِيحِهِ^(٢٠) على أَنَّ هذا^(٢١) الصَّئْتُ إِذَنْ ، وبِمَعْنَاهُ عَلَى مَا فِي مَعْنَاهُ مِنَ الضَّحِكِ وَالْبُكَاءِ ، وكذلك أَقْمَنَا الضَّحِكُ مُقَامَهُ .

فصل : والثَّيِّبُ الْمُعْتَبَرُ نُطْقُهَا ، هِيَ الْمَوْطُوءَةُ فِي الْقُبُلِ ، سواءً كَانَ الْوَطْءُ حَلَالًا أَوْ حَرَامًا . وهذا مذهبُ الشافعي . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةٌ ، في الْمُصَابَةِ بِالْفُجُورِ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْبِكْرِ فِي إِذْنِهَا وَتَرْوِجِهَا ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ الْاِكْتِفَاءِ بِصُمَاتِ الْبِكْرِ الْحَيَاءُ ، وَالْحَيَاءُ مِنَ الشَّيْءِ لَا يَزُولُ إِلَّا بِمَاشَرَّتِهِ ، وهذه لم تُبَاشِرْ إِلَّا ذَنْ^(٢٢) فِي النِّكَاحِ ، فَيَبْقَى^(٢٣) حَيَاؤُهَا مِنْهُ بِحَالِهِ . ولنا ، قوله ﷺ : « الثَّيِّبُ تُعَرِّبُ عَنْ نَفْسِهَا »^(٢٤) . ولأنَّ قوله ﷺ : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ ، وَإِذْنُهَا أَنْ تَسْكُتَ »^(٢٥) . يُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا بَدَّ / مِنْ نُطْقِ الثَّيِّبِ ؛ لِأَنَّهُ قَسَمَ النِّسَاءَ قِسْمَيْنِ ، فَجَعَلَ السُّكُوتَ إِذْنًا لِأَحَدِهِمَا ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ بِخِلَافِهِ^(٢٦) وهذه ثَيِّبٌ ، فَإِنَّ الثَّيِّبَ هِيَ^(٢٧) الْمَوْطُوءَةُ فِي الْقُبُلِ ، وهذه كذلك . ولأنَّهُ لو أَوْصَى لِثَيِّبٍ النِّسَاءَ دَخَلَتْ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَلَوْ أَوْصَى لِلْأَبْكَارِ لَمْ تَدْخُلْ ، وَلَوْ اشْتَرَطَهَا فِي التَّرْوِيجِ أَوْ الشَّرَاءِ بَكْرًا فَوَجَدَهَا مُصَابَةً بِالزَّنَا ، مَلَكَ الْفَسْخَ ، وَلَئِنْهَا مَوْطُوءَةٌ فِي الْقُبُلِ ، فَأَشْبَهَتْ الْمَوْطُوءَةَ بِشُبْهَةٍ ، وَالتَّعْلِيلُ بِالْحَيَاءِ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ أَمْرٌ خَفِيٌّ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُهُ بِنَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ بِمِطْطِنَتِهِ ، وَهِيَ الْبَكَارَةُ ، ثُمَّ هَذَا التَّعْلِيلُ يُفْضِي إِلَى إِبْطَالِ مَنْطُوقِ الْحَدِيثِ ، فَيَكُونُ بَاطِلًا فِي نَفْسِهِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَكْرَهَةِ وَالْمُطَاوَعَةِ ، وَعَلَى هَذَا لَيْسَ لِأَبِيهَا^(٢٨) إِجْبَارُهَا إِذَا كَانَتْ

و ٢٢٢/٧

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « بِتَصْرِيحِهِ » .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ .

(٢٢) فِي م : « بِالْإِذْنِ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « فَبَقِيَ » .

(٢٤) فِي الزِّيَادَةِ : « وَهَذِهِ ثَيِّبٌ » .

(٢٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٩٩ .

(٢٦) فِي م : « بِحَالِهِ » .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٨) فِي م : « لَنَا » .

بالغة ، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان . وقولهم : إنها لم تُبَاشِرِ الإِذْنَ . قلنا : يَنْطُلُّ بِالْمَوْطُوعَةِ بِشَبْهَةٍ ، أو في مِلْكٍ يَمِينٍ ، والمَرْزُوجَةِ وهى صغيرة .

فصل : وإن ذَهَبَتْ عُذْرُهَا بِغَيْرِ جَمَاعٍ ، كَالْوَثِيَّةِ ، أو شِدَّةِ حَيْضَةٍ ، أو بِاصْبِغٍ أو عُوْدٍ أو نَحْوِهِ^(٢٩) ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْأَبْكَارِ . ذكره ابنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُخْتَبَرِ الْمَقْصُودَ ، وَلَا وُجِدَ وَطُوعُهَا فِي الْقَبْلِ ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ لَمْ تُزَلَّ عُذْرُهَا . وَلَوْ وَطِئَتْ فِي الدُّبْرِ لَمْ تَصِرْ نَيْبًا ، وَلَا حُكْمُهَا حُكْمُهُنَّ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَوْطُوعَةٍ فِي الْقَبْلِ .

فصل : إذا اختلف الزوج والمرأة في إباحة لوليها^(٣٠) في تزويجها قبل الدخول ، فالقول قولها ، في قول أكثر الفقهاء . وقال زُفَرٌ فِي الثَّبِي كَقَوْلِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَفِي الْبَكْرِ : الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السُّكُوتُ ، وَالْكَلَامُ حَادِثٌ وَالزَّوْجُ^(٣١) يَدْعِي الْأَصْلَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُنْكَرَةُ الْإِذْنِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ ، وَلِأَنَّهُ يَدْعِي أَنَّهَا اسْتَوْذَنْتْ وَسَمِعَتْ فَصَمَتَتْ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ ذَلِكَ ، وَهَذَا جَوَابٌ عَنْ^(٣٢) قَوْلِهِ^(٣٣) إِنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ^(٣٤) . وَإِنْ اختلفا بعد الدخول ، فقال القاضي : الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ التَّمَكِينَ مِنَ الْوَطْءِ دَلِيلٌ عَلَى الْإِذْنِ وَصِحَّةِ النِّكَاحِ ، فَكَانَ الظَّاهِرُ مَعَهُ . وَهَلْ تُسْتَحْلَفُ الْمَرْأَةُ إِذَا قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُهَا ؟ قَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَمِينُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَى زَوْجُيْهَا^(٣٥) فَأَنْكَرْتَهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : تُسْتَحْلَفُ . فَإِنْ نَكَلَتْ ، فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَثْبُتُ النِّكَاحُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُسْتَحْلَفُ الزَّوْجُ ، وَيَثْبُتُ النِّكَاحُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اخْتِلَافٌ فِي زَوْجِيَّةٍ ، فَلَا يَثْبُتُ بِالنِّكَاحِ ، وَلَا يَحْلِفُ الْمُدَّعِي مَعَهُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى الزَّوْجُ أَصْلَ التَّزْوِيجِ فَأَنْكَرْتَهُ / ، فَإِنْ

ظ ٢٢/٧

(٢٩) في م : « ونحوه » .

(٣٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣١) في الأصل ، ا ، م : « فالزوج » .

(٣٢) في م : « على » .

(٣٣-٣٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٤) في م : « أنه زوجها » .

كانت المرأة أدعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج ، فالقول قولها ؛ لأنه اختلاف في أمر يختص^(٣٥) بها ، صادر من جهتها ، فالقول قولها فيه ، كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ، ولأنها تدعى صحة العقد ، وهم يدعون فساده ، فالظاهر معها .

فصل : في المجنونة ، إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة ، جاز تزويجها لمن يملك إجبارها ؛ لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها ، فمع عدمه أولى . وإن كانت ممن لا يجبر ، انقسمت ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن يكون وليها الأب أو وصيه ، كالثيب الكبيرة ، فهذه يجوز لوليها تزويجها . ذكره القاضي . وهو ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه جعل للأب تزويج المعتوه ، فالمرأة أولى . وهذا قول الشافعي ، وأبي حنيفة . ومنع منه أبو بكر ؛ لأنها ولاية إجبار ، وليس على الثيب ولاية إجبار . والأول أصح ؛ فإن ولاية الإيجاب إنما انتفت عن العاقلة لرأيها ، لحصول^(٣٦) المباشرة منها^(٣٧) والخبرة ، وهذه بخلاف ذلك . وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة ، إذا قلنا بعدم الإيجاب في حقها ، إذا كانت عاقلة . القسم الثاني ، أن يكون وليها الحاكم ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، ليس له تزويجها بحال ؛ لأن هذه ولاية إجبار ، فلا تثبت لغير الأب ، كحال^(٣٨) عقلها . والثاني ، له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال ، كبيرة كانت أو صغيرة . وهو اختيار ابن حامد ، وأبي الخطاب ، وقول أبي حنيفة ؛ لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها ، وصياتها عن الفجور ، وتخصيل المهر والتفقة ، والعفاف ، وصيانة العرض ، ولا سبيل إلى إذنها ، فأبيح تزويجها ، كالثيب مع أبيها . وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها إن قال أهل الطب : إن علتها تزول بتزويجها^(٣٩) ؛ لأن ذلك من أعظم مصالحها . وقال الشافعي : لا يملك تزويج صغيرة بحال ، وملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها^(٣٩) . ولنا ، أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق

(٣٥) في الأصل : مختص .

(٣٦) في الأصل : يحصل .

(٣٧) في ١ : فيها .

(٣٨) في م : كحل .

(٣٩) في م : بتزويجها .

الصغيرة ، فأبيح تزويجها ، كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ، ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها ، فأشبهه ما لو قال أهل الطب إنه يُزيل علتها . وتُعرف شهوتها من كلامها ، وقرائن أحوالها ، كتبّعها للرجال ، وميلها إليهم ، وأشباه ذلك . القسم الثالث ، مَنْ وَلِيَّهَا غَيْرُ الْأَبِ وَالْحَاكِمِ . فقال القاضي : لا يُزَوِّجُهَا إِلَّا^(٤٠) الْحَاكِمُ ، فيكون حُكْمُهَا حُكْمَ الْقِسْمِ الثَّانِي ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ . وقال أَبُو الْخَطَّابِ : لَهُمْ تَزْوِيجُهَا فِي الْحَالِ الَّتِي يَمْلِكُ الْحَاكِمُ تَزْوِيجَ مُوَلَّيَّتِهِ فِيهَا . وهذا قول أبي حنيفة ؛ لِأَنَّ وَلَايَتَهُمْ مُقَدِّمَةٌ^(٤١) عَلَى وَلَايَةِ الْحَاكِمِ ، فَقَدِّمُوا عَلَيْهِ فِي التَّزْوِيجِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ عَاقِلَةً . وَوَجْهُ قَوْلِ الْقَاضِي ، أَنَّ الْحَاكِمَ هُوَ النَّاطِرُ لَهَا فِي مَالِهَا دُونَهُمْ ، فيكون وَلِيًّا دُونَهُمْ ، كَتَزْوِيجِ أُمِّهَا ، وَلِأَنَّ هَذَا دَفْعُ حَاجَةٍ ظَاهِرَةٍ ، فَكَانَتْ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَدَفْعِ حَاجَةِ الْجُوعِ وَالْعُرْيِ . فَإِنْ كَانَ لَهَا وَصِيٌّ فِي مَالِهَا ، لَمْ يَمْلِكْ^(٤٢) تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ فِي نِكَاحِهَا . وَالْحُكْمُ فِي تَزْوِيجِهَا حُكْمُ مَنْ وَلِيَّهَا غَيْرُ الْأَبِ وَالْحَاكِمِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

١١٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ بِدُونِ صَدَاقِ مِثْلِهَا ، ثَبَتَ النِّكَاحُ بِالْمُسَمَّى . وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ غَيْرُ الْأَبِ ثَبَتَ النِّكَاحُ ، وَكَانَ لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا)

وجملة ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكرًا كانت أو ثيبًا ، صغيرة كانت أو كبيرة . وهذا قال أبو حنيفة^(١) ، ومالك . وقال الشافعي : ليس له ذلك ، فإن فعل فلها مهر مثلها ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَنْقُصَ فِيهِ عَنْ قِيَمَةِ الْمُعَوَّضِ^(٢) كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ تَفْرِيطٌ فِي مَالِهَا ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَطَبَ

(٤٠) في م : « غير » .

(٤١) في ب : « متقدمة » .

(٤٢) في م : « يملك » .

(١) في ب ، م : « أبو الخطاب » .

(٢) في الأصل : « العوض » .

الناس فقال : أَلَا لَا تُغَالُوا فِي صَدَاقِ النِّسَاءِ ، فَمَا أَصَدَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَحَدًا مِنْ نِسَائِهِ ، وَلَا أَحَدًا مِنْ بَنَاتِهِ ، أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ أُوقِيَّةً^(٣) . وكان ذلك بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَمْ يُنْكِرُوهُ ، فَكَانَ اتِّفَاقًا مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يُزَوَّجَ بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ دُونَ صَدَاقِ الْمِثْلِ . وَزَوَّجَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ابْنَتَهُ بِدِرْهَمَيْنِ ، وَهُوَ مِنْ سَادَاتِ قُرَيْشٍ ، شَرَفًا وَعِلْمًا وَدِينًا ، وَمِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَهْرٌ مِثْلُهَا ، وَلَئِنَّهُ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنَ النِّكَاحِ الْعَوَضُ ، وَلَئِنَّمَا الْمَقْصُودُ السَّكَنُ وَالْإِزْدِوَاجُ ، وَوَضَعَ الْمَرْأَةَ فِي مَنْصِبٍ عِنْدَ مَنْ يَكْفُلُهَا^(٤) ، وَيُصَوِّئُهَا ، وَيُحْسِنُ عِشْرَتَهَا ، وَالظَّاهِرُ مِنَ الْأَبِ ، مَعَ تَمَامِ شَفَقَتِهِ ، وَيُتْلَوُغُ نَظَرِهِ^(٥) ، أَنَّهُ لَا يَنْقُصُهَا مِنْ صَدَاقِهَا إِلَّا لِتَحْصِيلِ الْمَعَانِي الْمَقْصُودَةِ بِالنِّكَاحِ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُنَمَّعَ مِنْ تَحْصِيلِ الْمَقْصُودِ بِتَفْوِيتِ غَيْرِهِ ، وَيُفَارِقُ سَائِرَ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ فِيهَا الْعَوَضُ ، فَلَمْ يَجْزُ تَفْوِيتُهُ ، فَأَمَّا غَيْرُ الْأَبِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُصَهَا مِنْ مَهْرٍ مِثْلُهَا ، فَإِنْ زَوَّجَ بِدُونَ ذَلِكَ ، صَحَّ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ فَسَادَ التَّسْمِيَةِ وَعَدَمَهَا^(٦) لَا يُؤَثِّرُ فِي النِّكَاحِ ، وَيَكُونُ لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ قِيمَةٌ بُضْعُهَا ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ نَقْصُهَا مِنْهُ ، فَرَجَعَتْ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ^(٧) . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٣/٧ **فصل : وَتَمَامُ الْمَهْرِ عَلَى الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ / هَلْهُنَا فَاسِدَةٌ ؛ لَكُونِهَا غَيْرَ مَا ذُوْنِ**
فِيهَا شَرْعًا ، فَوَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ مَهْرُ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا بِمَحْرَمٍ . وَعَلَى الْوَلِيِّ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْمُفَرِّطُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَالَهَا بِدُونَ ثَمَنِ مِثْلِهِ . قَالَ

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الصَّدَاقِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١ / ٤٨٥ ، ٤٨٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ صَدَاقِ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ١ / ٦٠٧ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ كَمْ كَانَتْ مَهْوَرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ وَبَنَاتِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢ / ١٤١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١ / ٤٠ ، ٤١ ، ٤٨ .

(٤) فِي م : « يَكْفِيهَا » .

(٥) فِي م : « نَظَرْتُهُ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَعَدَتْهَا » .

(٧) فِي م : « مِثْلُهَا » .

أحمد : أخاف أن يكون ضامنا . وليس الأب مثل الولي ، ولا تملك المرأة الفسخ ؛ لأنه قد حصل لها وجوب مهرٍ مثلها . والله أعلم .

١١٢٤ - مسألة ؛ قال : (ومن زوج غلاما غير بالغ ، أو معنوها ، لم يجز إلا أن تزوجه والدته ، أو وصي ناظر له في التزويج)
الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

أحدها : أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه . وقال القاضي ، في « المُجَرَّد » : للحاكم تزويجه ؛ لأنه يلي ماله . وقال الشافعي : يملك ولي الصبي تزويجه ، ليألف حفظ فرجه عند بلوغه . وليس بسديد ؛ فإن غير الأب لا^(١) يملك تزويج الجارية الصغيرة ، فالغلام أولى . وفارق الأب ووصيه ؛ فإن لهما تزويج الصغيرة ، وولاية الإخبار . وسواء إذن الغلام^(٢) في تزويجه أو لم يأذن ، فإنه لا إذن له .

الفصل الثاني : أن^(٣) المعتوة ؛ وهو الزائل العقل بجنون مطيق ، ليس لغير الأب ووصيه تزويجه . وهذا قول مالك . وقال أبو عبد الله ابن حامد : للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء ، بأن يتبعهن ويريدهن . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن ذلك من مصالحه ، وليس له حال ينتظر فيها إذنه . وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة . وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب : إن في تزويجه ذهاب علته . لأنه من أعظم مصالحه . والله أعلم .

الفصل الثالث : أن للأب أو وصيه تزويجهما ، سواء كان الغلام عاقلا أو مجنونا ، وسواء كان الجنون مستداما أو طارقا ، فأما الغلام السليم من الجنون ، فلانعلم بين أهل العلم خلافا في أن لأبيه تزويجه ، كذلك قال ابن المنذر . وممن هذا مذهبه الحسن ،

(١) في ب : لم .

(٢) في ا ، ب : الحاكم .

(٣) في م : في .

والزُّهْرِيُّ، وَقَتَادَةُ، وَمَالِكٌ، وَالتَّوْرِيُّ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَإِسْحَاقُ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُ
الرَّأْيِ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ ابْنَ عَمَرَ زَوَّجَ ابْنَهُ وَهُوَ صَغِيرٌ، فَاخْتَصَمَا^(٤) إِلَى زَيْدٍ، فَأَجَازَهُ^(٥)
جَمِيعًا. رَوَاهُ الْأَثَرُمُ بِإِسْنَادِهِ^(٦). وَأَمَّا الْغُلَامُ الْمَعْتُوهُ، فَلَا يَبِ تَزْوِيجُهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا
يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يُلْزِمُهُ بِالتَّزْوِيجِ^(٧) حُقُوقًا مِنَ الْمَهْرِ وَالتَّنْفِقَةِ، مَعَ عَدَمِ حَاجَتِهِ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ
ذَلِكَ، كغیره من الأولیاء. وَلَنَا، أَنَّهُ غَيْرُ بَالِغٍ، فَمَلَكَ أَبُوهُ تَزْوِيجَهُ، كَالْعَاقِلِ، وَلَأنَّهُ إِذَا
جَازَ^(٨) تَزْوِيجَ الْعَاقِلِ /، مَعَ أَنَّ لَهُ عِنْدَ^(٩) اِخْتِیَاجِهِ إِلَى التَّزْوِيجِ رَأْيًا وَنَظَرًا لِنَفْسِهِ، فَلَأنَّ
يَجُوزُ تَزْوِيجُ مَنْ لَا يَتَوَقَّعُ فِيهِ ذَلِكَ أَوَّلَى. وَفَارَقَ غَيْرُ الْأَبِ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ الْعَاقِلِ.
وَأَمَّا الْبَالِغُ الْمَعْتُوهُ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَالْخَرَقِيُّ، أَنَّ لِلْأَبِ تَزْوِيجَهُ مَعَ ظُهُورِ أَمَارَاتِ
الشَّهْوَةِ وَعَدَمِهَا. وَقَالَ الْقَاضِي: إِنَّمَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُ إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ أَمَارَاتُ الشَّهْوَةِ بِاتِّبَاعِ
النِّسَاءِ وَنَحْوِهِ. وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ فِي تَزْوِيجِهِ مَعَ عَدَمِ حَاجَتِهِ إِضْرَارًا بِهِ، بِإِلْزَامِهِ
حُقُوقًا لَا مَصْلَحَةَ لَهُ فِي الْإِزْمَامِهَا. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَيْسَ لِلْأَبِ تَزْوِيجُهُ بِحَالٍ؛ لِأَنَّهُ رَجُلٌ،
فَلَمْ يَجْزُ إِجْبَارُهُ عَلَى التَّكَاجِ كَالْعَاقِلِ. وَقَالَ زُفَرٌ: إِنْ طَرَأَ عَلَيْهِ الْجَنُونُ بَعْدَ الْبُلُوغِ، لَمْ
يَجْزُ تَزْوِيجُهُ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَدَامًا، جَازَ. وَلَنَا، أَنَّهُ غَيْرُ مُكَلِّفٍ، فَجَازَ لِأَبِيهِ تَزْوِيجُهُ
كَالصَّغِيرِ، فَإِنَّهُ إِذَا جَازَ تَزْوِيجَ الصَّغِيرِ، مَعَ عَدَمِ حَاجَتِهِ فِي الْحَالِ، وَتَوَقَّعَ نَظَرَهُ عِنْدَ
الْحَاجَةِ، فَهِيَ أَوَّلَى. وَلَنَا، عَلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الطَّارِئِ وَالْمُسْتَدَامِ، أَنَّهُ مَعْنَى يُثْبِتُ
الْوِلَايَةَ، فَاسْتَوَى طَارِئُهُ وَمُسْتَدَامُهُ، كَالرَّقِ، وَلَأنَّهُ جُنُونٌ يُثْبِتُ الْوِلَايَةَ عَلَى مَالِهِ، فَاتَّبَعَتْهَا
عَلَيْهِ فِي نِكَاحِهِ^(١٠)، كَالْمُسْتَدَامِ. فَأَمَّا اِعْتِبَارُ الْحَاجَةِ، فَلَا بُدَّ مِنْهَا، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَوْلَاهُ

و ٢٤/٧

(٤) فِي الْأَصْلِ، أ، ب: «فَاخْتَصَمَا».

(٥) فِي ب: «فَأَجَازَ لَهُ».

(٦) أَخْرَجَهُ مَخْصَرًا الْبَيْهَقِيُّ، فِي: بَابِ الْأَبِ يَزُوجُ ابْنَهُ الصَّغِيرَ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. السَّنَنِ الْكُبْرَى ٧ / ١٤٣.

(٧) فِي ب، م: «التَّزْوِيجِ».

(٨) فِي م: «مَلَكَ».

(٩) فِي الْأَصْلِ، م: «مَعَ».

(١٠) فِي م: «النِّكَاحِ».

تَرْوِجُهُ ، إِلَّا إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، غَيْرَ أَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَنْحَصِرُ فِي قَضَاءِ الشَّهْوَةِ ، فَقَدْ تَكُونُ حَاجَتُهُ إِلَى الْإِبْوَاءِ وَالْحِفْظِ ، وَرَبَّمَا كَانَ دَوَاءً لَهُ ، وَيُتَرَجَّى بِهِ شِفَاؤُهُ ، فَجَازَ التَّرْوِجُ لَهُ ، كَقَضَاءِ الشَّهْوَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَمَنْ يُخْنَقُ ^(١١) فِي الْأَحْيَانِ ، لَا يَجُوزُ تَرْوِجُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُمَكِّنٌ ، وَمَنْ أَمَكَّنَ أَنْ يَتَزَوَّجَ لِنَفْسِهِ ، لَمْ تَثْبُتِ الْوِلَايَةُ عَلَيْهِ كَالْعَاقِلِ . وَلَوْ زَالَ عَقْلُهُ بِبَرَسَامٍ أَوْ مَرَضٍ مَرَجُو الزَّوَالِ ، فَهُوَ كَالْعَاقِلِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَثْبُتُ الْوِلَايَةُ عَلَى مَالِهِ ، فَعَلَى نَفْسِهِ أَوَّلَى . وَإِنْ لَمْ يَرَجْ زَوَالُهُ ، فَهُوَ دَاخِلٌ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ .

الفصل الرابع : أَنَّ ^(١٢) وَصِيَّ الْأَبِ فِي النِّكَاحِ بِمَنْزِلَتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ لِلْوَصِيِّ عَلَى الْمَرْأَةِ . وَفِي هَذَا مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا فِيهِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ لَوْصِيَّ الْأَبِ فِي التَّرْوِجِ خَاصَّةً ، فَإِنْ كَانَ وَصِيًّا فِي الْمَالِ ، لَمْ تَكُنْ لَهُ وِلَايَةٌ فِي التَّرْوِجِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَفِيدُ التَّصَرُّفَ ^(١٣) بِالْوَصِيَّةِ ، فَلَا يَمْلِكُ مَا لَمْ يُوصَ بِهِ إِلَيْهِ ، وَوَصِيَّ غَيْرِ الْأَبِ ، لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى صَبِيٍّ وَلَا ^(١٤) مَجْنُونٍ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ، فَوَصِيُّهُ أَوَّلَى .

فصل : وَإِذَا تَزَوَّجَ لِصَغِيرٍ أَوْ مَجْنُونٍ ، فَإِنَّهُ يَقْبَلُ لهُمَا النِّكَاحَ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ لهُمَا فِي قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا / مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ . وَإِنْ كَانَ الْغُلَامُ ابْنَ عَشْرِ ، وَهُوَ مُمَيِّزٌ ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ تَقْوِيضِ الْقَبُولِ إِلَيْهِ ، حَتَّى يَتَوَلَّاهُ لِنَفْسِهِ ، كَمَا يُفَوِّضُ أَمْرَ الْبَيْعِ إِلَيْهِ ، وَلَئِنَّهُ يَمْلِكُ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ بِنَفْسِهِ . وَإِنْ تَزَوَّجَ لَهُ الْوَلِيُّ جَازٌ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَبْتَاعَ لَهُ ، وَهَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ بِصِحَّةِ بَيْعِهِ ، وَوُقُوعِ طَلَاقِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ ذَلِكَ مِنْهُ . فَهَذَا أَوَّلَى .

(١١) الْخُنَاقُ ، بِالضَّمِّ : دَاءٌ يَجْتَنِعُ مَعَهُ نَفْذُ النَّفْسِ إِلَى الرِّمَّةِ وَالْقَلْبِ . وَفِي الشَّرْحِ الْكَبِيرِ : « يَجْنُ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب .

(١٣) فِي م : « بِالتَّصَرُّفِ » .

(١٤) فِي م : « أَوْ » .

فصل : وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل ؛ لأنه معاوضة في حق الغير ، فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل ، كبيع ماله . وهذا مذهب الشافعي . وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلهما ، فهذا مثله ، فإنه قد يرى المصلحة في ذلك ، فجاز له بذل المال فيه ، كما يجوز في مداوته^(١٥) ، بل الجواز ههنا أولى ؛ فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون ، إلا أن تُرغب بزيادة على مهر مثلهما ، فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك ، بخلاف المرأة . وذكر القاضي ، في « المجرد » ، أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة ؛ لعدم حاجته إلى زيادة عليها ، فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به إليه . وذكر في « الجامع » ، أن له تزويج ابنته الصغيرة بأربع ؛ لأنه قد يرى المصلحة فيه ، وليس له تزويجه بمعية عينا يرد به في النكاح ؛ لأن فيه ضررا به^(١٦) وتقويتا لماله^(١٧) فيما لا مصلحة له فيه ، فإن فعل ، خرج في صحة النكاح وجهان . فإن قلنا : يصح . فهل للولي الفسخ في الحال ؟ على وجهين ، مضى توجيهاهما في تزويج الصغيرة بمعي . ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي ، أو عقل المجنون ، فلهما الفسخ ، وليس له تزويجه بأمة ؛ لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت ، وهو معدوم في حق الصبي ، غير معدوم^(١٨) في المجنون .

فصل : وإذا زوج ابنته ، تعلق الصداق بدمية الابن ، موسرا كان أو معسرا ؛ لأنه عقد للابن ، فكان عليه بذله ، كتمن المبيع . وهل يضمن الأب ؟ فيه روايتان ؛ أحدهما ، يضمنه . نص عليه ، فقال : تزويج الأب لابنته الطفل جائز ، ويضمن الأب المهر ؛ لأنه التزم العوض عنه ، فضمنه ، كما لو نطق بالضمان . والأخرى ، لا يضمنه ؛ لأنه عقد معاوضة ، ناب فيه عن غيره ، فلم يضمن عوضه ، كتمن مبيعه ، أو كالوكيل . قال القاضي : هذا أصح . وقال : إنما الروايتان فيما إذا كان الابن^(١٨)

(١٥) في م : « مداوته » .

(١٦-١٧) في الأصل ، ١ : « وتقويت ماله » .

(١٧) في الأصل ، ب : « معلوم » .

(١٨) سقط من : ١ ، م .

مُعْسِرًا ، أَمَّا الْمُوسِرُ ، فَلَا يَضْمَنُ الْأَبُ عَنْهُ رَوَايَةً وَاحِدَةً ، فَإِنْ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، سَقَطَ نِصْفُ الصَّدَاقِ . فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ دَفْعِ الْأَبِ الصَّدَاقَ عَنْهُ ، رَجَعَ نِصْفُهُ إِلَى الْإِبْنِ ، وَلَيْسَ / لِلْأَبِ الرُّجُوعُ فِيهِ ، بِمَعْنَى الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِبْنَ مَلَكَهُ بِالطَّلَاقِ عَنْ غَيْرِ أَبِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُوهُ وَهَبَهُ الْأَبُ أَجْنَبِيًّا . ثُمَّ وَهَبَهُ الْأَجْنَبِيُّ لِلْإِبْنِ ^(١٩) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ عَنْ ابْنِهِ ، فَلَمْ يَسْتَقِرَّ الْمَلِكُ حَتَّى اسْتَرْجَعَهُ الْإِبْنُ . وَكَذَلِكَ الْحَكْمُ فِيمَا لَوْ قَضَى الصَّدَاقَ عَنْ ابْنِهِ الْكَبِيرِ ، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَإِنْ ارْتَدَّتْ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَالْحَكْمُ فِي الرُّجُوعِ فِي جَمِيعِهِ ، كَالْحَكْمِ فِي الرُّجُوعِ فِي النِّصْفِ بِالطَّلَاقِ .

فصل : في المَحْجُورِ عَلَيْهِ لِلْسَّفَةِ ، وَالْكَلَامِ فِي نِكَاحِهِ فِي ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ لَوْلِيَهُ تَزْوِيجَهُ ، إِذَا عَلِمَ حَاجَتَهُ إِلَى النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ نُصِبَ لِمَصَالِحِهِ ، وَهَذَا مِنْ مَصَالِحِهِ ، لِأَنَّهُ يَصُونُ بِهِ دِينَهُ وَعِرْضَهُ وَنَفْسَهُ ، فَإِنَّهُ رِمَا تَعَرَّضَ بِتَرْكِ التَّزْوِيجِ لِلْإِثْمِ بِالزَّنى ، وَالْحَدِّ ، وَهَذَا الْعَرَضُ ، وَسَوَاءٌ عَلِمَ حَاجَتَهُ ^(٢٠) بِقَوْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ قَوْلِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ حَاجَتُهُ ^(٢١) إِلَى الْاسْتِمْتَاعِ ^(٢٢) أَوْ إِلَى الْخِدْمَةِ ، فَيُزَوِّجُهُ امْرَأَةً لَتَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى الْخُلُوةِ بِهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَيْهِ ، لَمْ يُجْزَ تَزْوِيجُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُلْزِمُهُ بِالنِّكَاحِ حَقُوقًا ؛ مِنْ الْمَهْرِ ، وَالنَّفَقَةِ ، وَالْعِشْرَةِ ، وَالْمَبِيتِ ، وَالسُّكْنَى ، فَيَكُونُ تَضْيِيعًا لِمَالِهِ وَنَفْسِهِ فِي غَيْرِ فَائِدَةٍ ، فَلَمْ يُجْزَ ، كَتَيْذِيرِ مَالِهِ . وَإِذَا أَرَادَ تَزْوِيجَهُ ^(٢٣) ، اسْتَأْذَنَهُ فِي تَزْوِيجِهِ ، فَإِنْ زَوَّجَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ ، فَمَلَكَهُ الْوَلِيُّ فِي حَقِّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ الصَّغِيرَ وَالْمَجْنُونَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ ، فَلَمْ يُجْزَ عَلَى النِّكَاحِ ، كَالرَّشِيدِ وَكَالْعَبْدِ ^(٢٤) الْكَبِيرِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ

(١٩) في الأصل : « الابن » .

(٢٠) في ب ، م : « بحاجته » .

(٢١-٢٢) في م : « بالاستمتاع » .

(٢٣) في الأصل : « أن يزوجه » .

(٢٤) في م : « والعبد » .

إجباره على النكاح مع مِلْكِ الطلاق ، مُجَرَّدُ إضرارٍ ، فَإِنَّهُ يُطَلَّقُ فَيَلْزَمُهُ الصَّدَاقُ مع فَوَاتِ النكاح ، ولأنَّه قد يكون له غَرَضٌ في امرأة ، ولا يكون له في أُخْرَى ، فإذا أُجْبِرَ على مَنْ يَكْرَهُهَا ، لم تُحْصَلْ له المصلحة منها ، وفات عليه غَرَضُهُ من الأُخْرَى ، فيَحْصُلُ مُجَرَّدُ ضَرَرٍ مُسْتَعْنَى عنه . وإنَّما جاز ذلك في حَقِّ المجنون والطفيل ، لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قَوْلِهما ، ولم يَتَعَذَّرْ ذلك ههنا ، فَوَجَبَ أن لا يُفَوَّتَ ذلك عليه ، كالرَّشِيد . الحال الثاني ، أن اللوْلِيَّ أن يَأْذَنَ له في التَّزْوِيجِ في الحالة^(٢٤) التي للوْلِيَّ تَرْوِيجُهُ فيها ، وهي حالة الحاجة ؛ لأنَّه من أهل النكاح ، فَإِنَّهُ عاقلٌ مُكَلَّفٌ ، ولذلك يَمْلِكُ الطَّلَاقَ والخُلْعَ ، فجاز أن يُفَوَّضَ إليه ذلك ، ثم هو مُخَيَّرٌ بين أن يُعَيِّنَ له المرأة ، أو يَأْذَنَ له مُطْلَقًا . وقال بعضُ الشافعية : يَحْتَاجُ إلى التَّعْيِينِ / له^(٢٥) ؛ لِأَنَّهُ يَتَزَوَّجُ شَرِيفَةً يَكْثُرُ مَهْرُهَا وَتَفْقَتْهَا ، فَيَتَضَرَّرُ بذلك . ولنا ، أَنَّهُ أَذِنَ في النكاح ، فجاز من غير تَعْيِينٍ ، كالإِذْنِ لِلْعَبْدِ ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرُوهُ^(٢٦) . ولا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِمَهْرٍ الْمِثْلِ ، فإن زاد على مَهْرِ الْمِثْلِ ، بَطَلَتِ الزَّيَادَةُ ؛ لِأَنَّهَا مُحَابَاةٌ بِمَالِهِ ، وهو لا^(٢٧) يَمْلِكُهَا . وإن نَقَصَ عن مَهْرِ الْمِثْلِ ، جاز ؛ لِأَنَّهُ رِنَحٌ من غير خُسْرَانٍ . الحال الثالث ، إذا تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنٍ . فقال أبو بكرٍ : يَصِحُّ النكاحُ ، أَوْماً إليه أحمدُ ، قال القاضي : يعنى إذا كان مُحتَاجاً ، فإن عُدِمَتِ الحاجةُ لم يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لِمَالِهِ^(٢٨) في غير فائدة . وقال أصحابُ الشافعي : إن أَمَكَّنَهُ اسْتِئْذَانُ وَلِيِّهِ ، لم يَصَحَّ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْجُورٌ عليه ، فلم يَصَحَّ منه التَّصَرُّفُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ^(٢٩) ، كالعبد ، وإن طَلَبَ منه النكاحُ ، فَأَبَى أن يُزَوِّجَهُ ، ففيه وَجْهَان . ولنا ، أَنَّهُ إذا احتَاجَ إلى النكاحِ ، فَحَقُّهُ مُتَعَيِّنٌ فيه ، فَصَحَّ اسْتِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ ، كما لو

(٢٤) في ١ ، م : « الحال » .

(٢٥) سقط من : ب ، م .

(٢٦) في الأصل ، ا ، ب : « ذكره » .

(٢٧) ٢٧-٢٧ في م : « ولا » .

(٢٨) في ب : « ماله » .

(٢٩) في م : « إذن » .

اسْتَوْفَى دَيْنَهُ الْحَالُ عِنْدَ امْتِنَاعِ وَلِيِّهِ مِنْ اسْتِيفَائِهِ ، فَأَمَّا إِنْ تَزَوَّجَ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، فَإِنْ وَطِئَ الزَّوْجَةَ ، فَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ^(٣٠) ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ بُضْعَهَا بِشُبْهَةِ ، فَلَزِمَهُ عَوَضُ مَا أَتْلَفَ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ مَالَهَا .

فصل : وليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه ، سواء كان ممن يملك التزويج ، كوصي الأب والحاكم على قول ابن حامد ، أو لا يملكه . لا نعلم في هذا خلافا . فأما الأب إذا تزوج ابنته الصغيرة أو المجنون ، فقد قال أحمد ، في رجلين زوج أحدهما ابنته الآخر ، وهما صغيران ، ثم إن الأبوين كرها ، هل لهما أن يفسخا ؟ فقال : قد اختلف في ذلك . وكأنه^(٣١) رآه . قال أبو بكر : لم يبلغني عن أبي عبد الله في هذه المسألة إلا هذه الرواية ، فتخرج على قولين ؛ أحدهما ، يملك ذلك . وهو قول عطاء ، وقاعدة ؛ لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البضع ، فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهما ، كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالإعسار^(٣٢) . والقول الثاني : لا يملك ذلك . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ؛ لقول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ »^(٣٣) . ولأنه لا يملك البضع ، فلا يملك الطلاق بنفسه ، كوصي الأب والحاكم ، وكالسيد يزوج عبده الصغير ، وبهذه الأصول يبتطل دليل القول الأول .

فصل : وإذا ادعت امرأة المجنون عنته ، لم تضرب له مدة ؛ لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ، ولا حكم لإقراره . وإن أقر بالعنة وهو صحيح ، فضربت له المدة ثم جن ، وانقضت المدة / ، وطالبت المرأة بالفسخ ، لم يفسخ ؛ لأنها إن كانت ثيبا فالقول قوله ، وإن كانت بكرا فادعى منعها إيأه نفسها ، أو أنه^(٣٤) وطئها فعادت عُذْرُهَا ، فله

(٣٠) في ١ ، ب : « مثلها » .

(٣١) في ١ ، م : « كأنه » .

(٣٢) في م : « بالاعتبار » .

(٣٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٢ .

(٣٤) في م : « وأنه » .

استِخْلَافُهَا . فإذا كان لا يُعْبَرُ عن نَفْسِهِ ، لم يُسْتَحْلَفْ ، ولا يُثْبِتُ ما قَالَتْهُ ، فلم يُفْسَخْ عليه .

١١٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوْجُ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَقَدْ لَزِمَهَا النِّكَاحُ ، كَبِيرَةٍ كَانَتْ أَوْ صَغِيرَةٍ)

لا نعلمُ في هذا خِلافًا ؛ وذلك لِأَنَّ مَنَافِعَهَا مَمْلُوكَةٌ لَه ، والنِّكَاحُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفْعَتِهَا ، فَأَشْبَهَ عَقْدَ الْإِجَارَةِ ، وَلِذَلِكَ مَلَكَ الْاِسْتِمْتَاعُ بِهَا ، وَهَذَا فَارَقَتْ الْعَبْدَ ، لِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِتَزْوِيجِهَا ؛ لَمَا يَحْصُلُ ^(١) لَهُ مِنْ مَهْرِهَا وَوَلَدِهَا ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ مِنْ نَفَقَتِهَا وَكُسُوتِهَا ، بخلاف العبد .

فصل : والمُدَبَّرَةُ ، والمُعَلَّقُ عَتَقُهَا بِصِفَةٍ ، وأُمُّ الْوَلَدِ ، كَالْأَمَةِ الْقَرْنُ ، في إجبارِها على النِّكَاحِ . وقال مالك آخر أمره : ليس له تزويجُ أُمِّ وَلَدِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا . وَكَرِهَهُ رِيعَةُ . وللشافعي فيه قولان ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِي رَقَبَتِهَا ، فَكَذَلِكَ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، كَأُخْتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ^(٢) ، يَمْلِكُ الْاِسْتِمْتَاعُ بِهَا وَإِجَارَتَهَا ، فَمَلَكَ تَزْوِيجُهَا ، كَالْقَرْنِ ، وَلَأنَّهَا إِحْدَى مَنَفْعَتَيْهَا ، فَمَلَكَ أَخَذَ ^(٣) عَوْضَهَا ^(٤) ، كَسَائِرِ مَنَافِعِهَا . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ ، لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهَا ، وَيَمْلِكُ تَزْوِيجُهَا . وَإِذَا مَلَكَ أُخْتَهُ مِنَ الرِّضَاعِ ، أَوْ مَجُوسِيَّةً ، فَلَهُ تَزْوِيجُهَا ، وَإِنْ كَانَتْ مُحَرَّمَتَيْنِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُمَا مِلْكُهُ ، وَإِنَّمَا حُرِّمَتْما عَلَيْهِ لِعَارِضٍ . فَأَمَّا الَّتِي بَعْضُهَا حُرٌّ ، فَلَا يَمْلِكُ سَيِّدُهَا إِجْبَارَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ جَمِيعَهَا . وَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ الْمُكَاتَبَةِ ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْخَارِجَةِ عَنْ

(١) في م : « حصل » .

(٢) في الأصل : « مملوكة » .

(٣) في النسخ : « أحد » .

(٤) في ب ، م : « عوضها » .

مِلْكِهِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَمْلِكُ وَطَافُهَا وَلَا إِجَارَتُهَا^(٥) ، وَلَا تَلْزُمُهُ نَفَقَتُهَا ، وَلَا يَصِلُ إِلَيْهِ مَهْرُهَا ، فَهِيَ كَالْعَبْدِ .

فصل : فَإِنْ طَلَبَتِ الْأُمَّةُ مِنْ سَيِّدِهَا تَرْوِيجَهَا ، فَإِنْ كَانَ يَطُوهَا ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى تَرْوِيجِهَا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي تَرْوِيجِهَا ، وَوَطُوهَا لَهَا يَدْفَعُ حَاجَتَهَا . فَإِنْ كَانَ لَا يَطُوهَا ؛ لَكُونِهَا مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ ، كَالْمَجْهُوسِيَّةِ وَأُخْتِهِ مِنَ الرِّضَاعِ ، أَوْ مُحَلَّلَةً لَهُ لَكِنْ لَا يَرْعُبُ فِي وَطْئِهَا ، أُجْبِرَ عَلَى تَرْوِيجِهَا^(٦) أَوْ وَطْئِهَا إِنْ كَانَتْ مُحَلَّلَةً لَهُ ، أَوْ إِزَالَةَ^(٧) مِلْكِهِ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهَا ، فَأُجْبِرَ عَلَى تَرْوِيجِهَا^(٨) ، كَالْحُرَّةِ ، وَلِأَنَّ حَاجَتَهَا قَدْ تَشْتَدُّ إِلَى ذَلِكَ ، فَأُجْبِرَ عَلَى دَفْعِهَا ، كَالْإِطْعَامِ وَالْكُسُوفَةِ . وَإِذَا امْتَنَعَ أُجْبِرَهُ الْحَاكِمُ . وَإِنْ طَلَبَتْ مِنْهُ مَنْ نِصْفُهَا حُرٌّ ، أَوْ الْمُكَاتَبَةُ ، أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ ، التَّرْوِيجُ ، أُجْبِرَ عَلَيْهِ ؛ / لِأَنَّهُ وَلِيُّهُنَّ ، فَأُجْبِرَ عَلَى تَرْوِيجِهِنَّ ، كَالْحَرَائِرِ .

٢٦٧/٧ ظ

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى عَبْدُهُ الْمَأْذُونُ^(٩) أُمَةً ، وَرَكِبَتْهُ دُبُونٌ ، مَلَكَ سَيِّدُهُ تَرْوِيجَهَا وَبَيْعَهَا وَإِعْتَاقَهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَقَالَ : وَلِلْسَيِّدِ وَطُوهَا .. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ^(١٠) شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْغُرَمَاءِ . وَأَصْلُ الْخِلَافِ يَنْبَنِي^(١١) عَلَى دَيْنِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فَعِنْدَنَا يَلْزُمُ السَّيِّدَ ، فَلَا يَلْحَقُ الْغُرَمَاءُ ضَرَرَ بَتَصَرُّفِ السَّيِّدِ فِي الْأُمَةِ ، فَإِنَّ الدَّيْنَ مَا تَعَلَّقَ بِهَا ، وَعِنْدَهُ أَنَّ الدَّيْنَ يَتَعَلَّقُ^(١٢) بِالْعَبْدِ وَمَا^(١٣) فِي يَدِهِ ، فَيَلْحَقُهُمُ الضَّرَرُ . وَالْكَلَامُ عَلَى هَذَا يُذَكَّرُ فِي مَوْضِعِهِ .

(٥) فِي ب زِيَادَةٌ : « لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ جَمِيعَهَا » .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٧) فِي أ : « أَوْ أَزَالَ » . وَفِي م : « وَإِزَالَةٌ » .

(٨) فِي ب زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٠) فِي ب ، م : « يَبْنِي » .

(١١) فِي الْأَصْلِ ، أ : « تَعَلَّقَ » .

(١٢) فِي ب : « وَمَا » .

فصل : وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يردُّ به في النكاح ؛ لأنَّه يُؤثِّرُ^(١٣) في الاستمتاع ، وذلك حقُّ لها ، ولذلك ملكت الفسخَ بالجَبِّ والعَنَّةِ والامتناع من العبدِ دونَ السيد . وفارقَ بيَّعها من معيب ؛ لأنَّه لا يردُّ للاستمتاع ، ولهذا ملكت شِراءَ الأمةِ المُحرَّمةِ عليه^(١٤) ، ولم تملكِ الأمةُ الفسخَ لعيبه ولا عنته ولا إيلائه . وإن زوَّجها من معيب ، فهل يصحُّ ؟ على وجهين ؛ فإن قلنا : يصحُّ . فلها الفسخُ . وإن كانت صغيرة ، فهل له الفسخُ في الحال ، أو ينتظرُ بلوغها ؟ على وجهين . ومذهبُ الشافعي هكذا في هذا الفصل كله .

١١٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ زَوَّجَ عَبْدَهُ وَهُوَ كَارِهٌ ، لَمْ يَجْزِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : أنَّ السيد لا يملكُ إجبارَ عبده البالغ العاقلِ على النكاح . وبهذا قال الشافعي ، في أحدِ قَوْلَيْهِ . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفة : له ذلك ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ ﴾^(١) . ولأنَّه يملكُ رقبته ، فملكُ إجباره على النكاح كالأمة ، ولأنَّه يملكُ إجارته ، فأشبهَ الأمةَ . ولنا ، أنَّه مُكَلَّفٌ يملكُ الطلاقَ ، فلا يُجبرُ على النكاح كالحرِّ ، ولأنَّ النكاحَ خالصُ حَقِّهِ ، ونفعُهُ له ، فأشبهَ الحرَّ ، والأمرُ بإثكاحه مُحْتَضٌ بحالِ طلبه ، بدليل عَطْفِهِ على الأيامي ، وإنَّما يُزَوَّجَنَّ عند الطلبِ ، ومُقْتَضَى^(٢) الأمرِ الوجوبُ ، وإنَّما يجب تزويجه عند طلبه ، وأمَّا الأمةُ فإنَّه يملكُ منافعَ بضعِها ، والاستمتاعَ بها ، بخلافِ العبدِ ، ويفارقُ النكاحَ الإجارةَ ؛ لأنَّها

(١٣) في ١ : « مؤثِّر » .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) في الأصل : « فيقتضى » .

عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعِ بَدَنِهِ ، وَهُوَ يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَهَا .

الفصل الثالث : في العبد الصغير الذي لم يَبْلُغْ ، فللسَّيِّدِ تَرْوِيجُهُ ، في قول أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنَّ بَعْضَ الشَّافِعِيِّينَ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ . وَقَالَ أَبُو / الْحَطَّابِ ؛ يَحْتَمِلُ الْأَلَّا يَمْلِكُ تَرْوِيجَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ تَرْوِيجَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، فَعَبْدُهُ مَعَ مِلْكِهِ لَهُ وَتَمَامُ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِ أَوَّلَى ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي عَبْدِهِ الْمَجْنُونِ .

فصل : وَالْمَهْرُ وَالتَّفَقُّةُ عَلَى السَّيِّدِ ، سَوَاءٌ ضَمِنَهُمَا أَوْ لَمْ يَضْمَنْهُمَا ، وَسَوَاءٌ بَاشَرَ الْعَقْدَ أَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ فَعَقَدَهُ ، وَسَوَاءٌ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ أَوْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : نَفَقَتُهُ مِنْ ضَرِيَّتِهِ . وَقَالَ : إِنْ كَانَ ^(٣) بِقِيَمَةِ ضَرِيَّتِهِ أَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَلَا يُعْطَى الْمَوْلَى ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَا يُنْفَقُ ، يُفْرَقُ ^(٤) بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ^(٥) . وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنَّ مَنْ أَلْزَمَ السَّيِّدَ الْمَهْرَ وَالتَّفَقُّةَ ، أَوْجَبَهُمَا عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ كَسْبٌ ، وَلَيْسَ لِلْمَرْأَةِ الْفَسْخُ ؛ لِعَدَمِ كَسْبِ الْعَبْدِ ، وَلِلسَّيِّدِ اسْتِخْدَامُهُ وَمَنْعُهُ مِنَ ^(٦) الْاِكْتِسَابِ ، وَمَنْ عَلَّقَهُ بِكَسْبِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ ، فَلِلْمَرْأَةِ الْفَسْخُ ، وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ ^(٧) مَنْعُهُ مِنَ الْكَسْبِ ^(٨) . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ تَعَلَّقَ بِالْعَبْدِ بِرِضَا سَيِّدِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِسَيِّدِهِ ، وَجَازَ بَيْعُهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ رَهَنَهُ بَدَنِهِ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ بَاعَهُ سَيِّدُهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَسْقُطِ الْمَهْرُ عَنِ السَّيِّدِ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِبَيْعِهِ وَعِتْقِهِ ، كَأَرْشِ جِنَايَتِهِ ، فَأَمَّا التَّفَقُّةُ فَإِنَّهَا تَتَجَدَّدُ ، فَتَكُونُ فِي الزَّمَنِ الْمُسْتَقْبَلِ عَلَى الْمُشْتَرَى أَوْ عَلَى الْعَبْدِ إِذَا أُعْتِقَ .

(٣) في ١ ، ب : « كانت » .

(٤) في الأصل : « فرق » .

(٥) في ١ ، ب ، م : « الشافعي » .

(٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) في الأصل ، ب : « لسيده » .

(٨) في ب : « التكسب » .

فصل : ويجوز أن يتزوج السيّد لعبيده بإذنه . ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه ؛ لأنه مكلف يصحّ طلاقه ، فكان من أهل مباشرة النكاح كالحُرّ . ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيّداً ، فإن عيّنه له امرأة ، أو نساءً ببلد أو قبيلة ، أو حرةً ، أو أمةً ، فتزوج غيرها ، لم يصحّ ؛ لأنه متصرّف بالإذن فتقيّد^(٩) تصرّفه بما أُذن له فيه كالوكيل . وإن أُذن له مطلقاً ، فله أن يتزوج من شاء ، لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فليسّيده^(١٠) منعه من الخروج إليها ، وإن كانت في البلد ، فعلى سيّده^(١١) إرساله ليلاً للاستمتاع . وإن أحبّ سيّده أن يسكنها في مسكن من داره ، فله ذلك إذا كان مسكن مثليها ، ولا يلزمه إرساله نهائياً ؛ لأنه يحتاج إلى استخداًمه ، وليس النهار محلاً للاستمتاع . ولسّيده المُسافرة به ، فإن حقّ امرأة العبد عليه لا يزيد على حقّ امرأة الحُرّ ، والحُرّ يملك المُسافرة وإن كرهت امرأته ، كذا هُنا .

فصل : وللسّيّد أن يعيّن له المهر ، وله أن / يُطلق ، فإن تزوج بما عيّنه أو دونه ، أو بههر الحثْل عند الإطلاق أو دونه ، لزم المُسمّى ، وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السّيّد الزّيادة . وهل تتعلّق برقة العبد أو بدمته يتبع بها بعد العتق ؟ على روايتين ، بناءً على استئذنة العبد المحجور عليه . وقد ذُكر في باب المُصرّة^(١٢) .

ظ ٢٧/٧

فصل : وإن تزوّج^(١٣) أمةً ، ثم اشتراها بإذن سيّده لسيّده ، لم يؤنّر ذلك في نكاحه ، وإن اشتراها لنفسه ، وقُلنا : إن العبد لا يملك بالتّمليك . فكذلك ، وإن قلنا : يملك بالتّمليك . أنفسخ نكاحه ، كما لو اشترى الحُرّ امرأته ، وله وطؤها بملك اليمين إذا أُذن له السّيّد^(١٤) ، فإن كان نصفه^(١٥) حُرّاً ، فاشترها في ذمّته ، أو بما يختصُّ

(٩) في م : « فقيّد » .

(١٠) في م : « فللسيد » .

(١١) في م : « السيد » .

(١٢) تقدم في ٦ : ٢٥٧ - ٢٦٠ .

(١٣) في الأصل : « زوج » .

(١٤) في ١ ، ب : « سيده » .

(١٥) في الأصل : « بعضه » .

بِمِلْكِهِ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا وَحَلَّتْ لَهُ بِمِلْكِ يَمِينِهِ ، وَإِنْ مَلَكَ بَعْضُهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ^(١٦) ، وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ جَمِيعَهَا . وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِعَيْنِ مَالٍ مُشْتَرِكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَقُلْنَا : لَا تُفَرِّقُ الصَّفَقَةُ . لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ، وَالنِّكَاحُ بِحَالِهِ . وَإِنْ قُلْنَا بِتَفْزِيقِهَا ، صَحَّ فِي قَدْرِ مَالِهِ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِمِلْكِهِ بَعْضُهَا .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَبَتِ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا ، أَوْ مَلَكَتْهُ بِهَبَةٍ أَوْ غَيْرِهَا^(١٧) ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ وَالْيَمِينَ يَتَنَافَيَانِ ، لِاسْتِحَالَةِ كَوْنِ الشَّخْصِ مَالِكًا لِمَالِكِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَقُولُ : أَتَيْتُ عَلَى لَأَنِّي أَمْرَأَتُكَ ، وَأَنَا أَسَافِرُ بِكَ لِأَنَّكَ عَبْدِي . وَيَقُولُ هُوَ : أَتَيْتُ عَلَى لَأَنِّي عَبْدُكَ ، وَأَنَا أَسَافِرُ بِكَ لِأَنَّكَ أَمْرَأَتِي . فَيَتَنَافَى ذَلِكَ ، فَيُثْبِتُ أَقْوَاهُمَا ، وَهُوَ مِلْكُ الْيَمِينِ ، وَيَنْفَسَخُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهُ أَضْعَفُ ، وَلَهَا عَلَى سَيِّدِهِ الْمَهْرُ إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، وَلَهُ عَلَيْهَا الثَّمَنُ ، فَإِنْ كَانَا دَيْنَيْنِ مِنْ جِنْسٍ تَقَاصًا وَتَسَاقُطًا^(١٨) إِنْ كَانَا مُتَسَاوَيْنَيْنِ ، وَإِنْ تَفَاضَلَا سَقَطَ الْأَقْلُ مِنْهُمَا بِمِثْلِهِ ، وَبَقِيَ الْفَاضِلُ ، وَإِنْ اخْتَلَفَ جِنْسُهُمَا لَمْ يَتَسَاقُطَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَسْلِيمُ مَا عَلَيْهِ إِلَى صَاحِبِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : يَسْقُطُ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ ، فَإِذَا مَلَكَتْهُ لَمْ يَجْزُ أَنْ يَثْبُتَ لَهَا دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ عَبْدِهَا ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ لَهَا مَالًا . وَهَذَا بِنَاءً مِنْهُ^(١٩) عَلَى أَنَّ الْمَهْرَ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ مِلْكُ الْعَبْدِ فِي إِسْقَاطِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ وَجْهًا ، أَنَّهُ يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّ ثُبُوتَ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ السَّيِّدِ تَبِعَ لثُبُوتِهِ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ ، فَإِذَا سَقَطَ مِنْ ذِمَّةِ الْعَبْدِ سَقَطَ مِنْ ذِمَّةِ السَّيِّدِ تَبَعًا ، كَالَّذَيْنِ الذِّي عَلَى الضَّامِنِ إِذَا سَقَطَ مِنْ ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَلَا / يُعْرَفُ هَذَا فِي الْمَذْهَبِ ،^(٢٠) وَلَا أَنَّهُ يَثْبُتُ^(٢١) فِي الدَّيْمَتَيْنِ جَمِيعًا ،

٢٨/٧ و

(١٦) فِي ١ ، ب : « النِّكَاحُ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ بِغَيْرِهَا » .

(١٨) فِي ١ ، م : « وَإِنْ » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، ب : « مِنْهُمْ » .

(٢٠-٢١) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، م : « وَلَا أَنَّهُ يَثْبُتُ » .

إحداهما تبع^(٢١) للأخرى ، بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول ، سقط نصفه ، كما لو طلقها قبل دخوله بها . وفي سقوط باقيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يسقط ؛ لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع ، فالفسخ إذاً من جهته ، فلم يسقط جميع المهر كالخلع . والثاني ، يسقط ؛ لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة ، فأشبهه الفسخ بالعيب في أحدهما ، وفسخها لإغساره ، وشراء الرجل امرأته^(٢٢) .

فصل : فإن ابتاعته بصداقها ، صح . نص عليه أحمد^(٢٣) . وذكره أبو بكر ، والقاضي ، ويرجع^(٢٤) عليها بنصفه إن قلنا : يسقط نصفه . أو بجميعه ، إن قلنا : يسقط جميعه . ويحتمل أن لا يصح البيع . وهو قول أصحاب الشافعي ؛ لأن ثبوته يقتضي نفيه ، فإن صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر^(٢٥) وسقوط المهر^(٢٥) يقتضي بطلان البيع ؛ لأنه عوضه^(٢٦) ولا يصح بغير عوض . ولنا ، أنه يجوز أن يكون تمناً لغير هذا العبد ، فجاز أن يكون تمناً له ، كغيره من الديون ، وما سقط منه^(٢٧) رجع عليها^(٢٧) به .

١١٢٧ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ ، فَالنِّكَاحُ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا)

وجملة ذلك أنه إذا^(١) كان للمرأة وليان ، فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها ،

(٢١) في ا ، ب ، م : « تبع » .

(٢٢) في م : « لامرأته » .

(٢٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٤) في الأصل : « ورجع » .

(٢٥) سقط من : ب ، م .

(٢٦) في م : « عوض » .

(٢٧) في م : « يرجع عليه » .

(١) في ب ، م : « إن » .

جَارَ ، سَوَاءٌ أَذِنَتْ فِي رَجُلٍ مُعَيَّنٍ أَوْ مُطْلَقًا ، فَقَالَتْ : قَدْ (٢) أَذِنْتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَوْلِيَائِي فِي تَزْوِيجِي مَنْ أَرَادَ . فَإِذَا زَوَّجَهَا الْوَلِيَّانِ لِرَجُلَيْنِ ، وَعَلِمَ السَّابِقُ مِنْهُمَا ، فَالنِّكَاحُ لَهُ ، دَخَلَ بِهَا الثَّانِي (٣) أَوْ لَمْ يَدْخُلْ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالتِّرْمِذِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالتَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَمَالِكٌ ، مَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا الثَّانِي ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي صَارَ أَوْلَى ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ : إِذَا أَنْكَحَ الْوَلِيَّانِ ، فَلِأَوَّلِ أَحَقُّ ، مَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا الثَّانِي . وَلَئِنْ الثَّانِي اتَّصَلَ بِعَقْدِهِ الْقَبْضُ ، فَكَانَ أَحَقُّ . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَمُرَةُ ، وَعُقْبَةُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ » . أَخْرَجَ حَدِيثَ سَمُرَةَ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ، وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ عَنْهُ وَعَنْ عُقْبَةَ (٤) . وَرَوَى نَحْوَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَشَرِيحُ (٥) . وَلَئِنْ الثَّانِي تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِصْمَةِ زَوْجٍ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَمَا لَوْ عَلِمَ أَنَّهَا زَوْجًا ، وَلَئِنْ نِكَاحَ بَاطِلٍ لَوْ عَرِيَ عَنْ الدُّخُولِ ، فَكَانَ بَاطِلًا وَإِنْ دَخَلَ ، كِنِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ وَالْمُرْتَدَّةِ (٦) ، وَكَأَنَّ لَوْ عَلِمَ . فَأَمَّا حَدِيثُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَلَمْ يُصَحِّحْهُ / أَصْحَابُ الْحَدِيثِ ، وَقَدْ خَالَفَهُ قَوْلُ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَجَاءَ عَلَى خِلَافِ حَدِيثِ (٦) النَّبِيِّ ﷺ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْقَبْضِ

٢٨/٧ ظ

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث سمرة أخرجه أبو داود ، في : باب إذا نكح الوليان ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٢ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في الوليين يزوجان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٠ . والنسائي ، في :
باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧٦ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب المرأة يزوجه الوليان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٨ ، ١١ ، ١٢ ، ١٨ .

وحديث عقبة لعله في السنن الكبرى للنسائي . وأخرجه البيهقي ، في : باب الوكالة في النكاح ، وباب إنكاح الوليين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٩ ، ١٤٠ . وابن أبي شيبه ، في : باب في الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣٩ .

(٤) ما روى عن علي أخرجه البيهقي ، في : باب إنكاح الوليين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤١ . وابن أبي شيبه ، في : باب في الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣٩ . وما روى عن شرح أخرجه ابن أبي شيبه ، في : باب في الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٠ .

(٥) في ١ ، م : « والمرتد » .

(٦) في ب : « قول » .

لا معنى له ؛ فإنَّ النِّكَاحَ يَصِحُّ بغيرِ قَبْضٍ ، على أنَّه لا أَصْلَ له فيُقاسُ عليه ، ثمَّ يَبْطُلُ بسائرِ^(٧) الأثكِحةِ الفاسدةِ .

فصل : إذا استَوَى الأَوْلِيَاءُ في الدَّرَجَةِ ، كالإِخْوَةِ وَبَنِيهِمْ ، والأَعْمَامِ وَبَنِيهِمْ ، فالأَوْلَى تَقْدِيمُ أَكْبَرِهِمْ وَأَفْضَلِهِمْ ؛ لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ مُحَيِّصَةٌ وَحَوِيصَةٌ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ ، فَتَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ ، وَكَانَ أَصْغَرُهُمْ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « كَبِّرْ كَبِّرْ » . أَيْ قَدِّمِ الْأَكْبَرَ ، ^(٨) قَدِّمِ الْأَكْبَرَ ، فَتَكَلَّمَ حَوِيصَةٌ ^(٩) . وَإِنْ تَشَاخَوْا لَمْ يُقَدِّمُوا الْأَكْبَرَ ، أَقْرِعْ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ اسْتَوَى فِي الْقَرَابَةِ ، وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا ^(١٠) أَقْرِعَ بَيْنَ نِسَائِهِ ، لَتَسَاوَى حُقُوقُهُنَّ ^(١١) . كَذَا هُنَا . فَإِنْ بَدَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَزَوَّجْ كُفُؤًا بِإِذْنِ الْمَرْأَةِ ، صَحَّ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْأَصْغَرُ الْمَفْضُولُ الَّذِي وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ لغيره ؛ لِأَنَّهُ تَزْوِيجٌ صَدَرَ مِنْ وَلِيِّ كَامِلِ الْوَلَايَةِ ، بِإِذْنِ مُوَلِّيَّتِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ لِإِزَالَةِ الْمُشَاحَّةِ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « كَسَائِرُ » .

(٨-٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(٩) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْقِسَامَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ ، صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ٣ / ١٢٩١ ، ١٢٩٢ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْقَتْلِ بِالْقِسَامَةِ ، وَبَابِ فِي تَرْكِ الْقَوْدِ فِي الْقِسَامَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِدْبَاتِ . سَنَنِ أَيْ دَاوُدَ ٢ / ٤٨٥ ، ٤٨٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَبْدِئَةِ أَهْلِ الدِّمِّ فِي الْقِسَامَةِ ، وَبَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ أَلْفَاظِ النَّاقِلِينَ لِخَبَرِ سَهْلٍ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٨ / ٦-١٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْقِسَامَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِدْبَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٢ / ٨٩٢ ، ٨٩٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤ / ٢ .

(١٠) فِي م : « السَّفَرُ » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هِبَةِ الْمَرْأَةِ لِغَيْرِ زَوْجِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْهِبَةِ ، وَفِي : بَابِ تَعْدِيلِ النِّسَاءِ بَعْضَهُنَّ بَعْضًا ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ ، وَفِي : بَابِ حَمْلِ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ فِي الْغَزْوِ دُونَ بَعْضِ نِسَائِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ حَدِيثِ الْإِفْكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَارِي ، وَفِي : بَابِ الْقُرْعَةِ بَيْنَ النِّسَاءِ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣ / ٢٠٨ ، ٢٢٧ ، ٤ / ٦٠ ، ٥ / ١٤٨ ، ١٤٩ ، ٧ / ٤٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فِي فَضْلِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ الصَّحَابَةِ ، وَفِي : بَابِ فِي حَدِيثِ الْإِفْكَ وَقَبُولِ تَوْبَةِ الْقَازِفِ ، مِنْ كِتَابِ التَّوْبَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٤ / ١٨٩٤ ، ٢١٣٠ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْقِسْمَةِ بَيْنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ الْقَضَاءِ بِالْقُرْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ١ / ٦٣٣ ، ٢ / ٧٨٦ . وَالِدَارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ عِنْدَهُ النِّسَاءُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ خُرُوجِ النَّبِيِّ ﷺ مَعَ بَعْضِ نِسَائِهِ فِي الْغَزْوِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢ / ١٤٤ ، ٢١١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦ / ١١٤ ، ١١٧ ، ١٩٧ ، ٢٦٩ .

١١٢٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهَا ذَاتُ زَوْجٍ ، فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ لَهَا عَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا ، وَلَمْ يُصِبْهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيضٍ بَعْدَ ^(١) آخِرِ وَقْتِ وَطْئِهَا ^(٢) الثَّانِي)

أَمَّا إِذَا عَلِمَ الْحَالُ قَبْلَ وَطْءِ الثَّانِي لَهَا ، فَإِنَّهَا تُدْفَعُ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ ^(٣) عَلَى الثَّانِي ^(٤) ؛ لِأَنَّ عَقْدَهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ لَا يُوجِبُ شَيْئًا . وَإِنْ وَطِئَهَا الثَّانِي ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ، فَهُوَ وَطْءٌ بِشَبْهَةِ ^(٥) يَجِبُ لَهَا بِهِ ^(٦) مَهْرُ الْمِثْلِ ^(٧) ، وَتُرَدُّ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْئُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا بِثَلَاثِ حِيضٍ ، إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ وَلَمْ تَحْمِلْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ قَتَادَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَهَا صَدَاقٌ بِالْمَسِيْسِ ^(٨) ، وَصَدَاقٌ مِنْ هَذَا . وَلَا يُرَدُّ الصَّدَاقُ الَّذِي يُؤْخَذُ مِنَ الدَّاخِلِ بِهَا عَلَى الَّذِي دُفِعَتْ إِلَيْهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الصَّدَاقَ فِي مُقَابِلَةِ الْاسْتِمْتَاعِ بِهَا ، فَكَانَ لَهَا دُونَ زَوْجِهَا ، كَمَا لَوْ وَطِئَتْ بِشَبْهَةِ أَوْ مُكْرَهَةٍ . وَلَا يَحْتَاجُ هَذَا النِّكَاحُ الثَّانِي إِلَى فُسْخٍ ؛ لِأَنَّهُ بَاطِلٌ . وَلَا يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ إِلَّا بِالْوَطْءِ ، دُونَ مُجَرَّدِ الدُّخُولِ وَالْوَطْءِ دُونَ الْفَرْجِ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ بَاطِلٌ لَا حُكْمَ لَهُ . وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالْإِصَابَةِ لَا بِالتَّسْمِيَةِ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّ الْوَاجِبَ الْمُسَمَّى . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَالْأَوَّلُ ^(٩) هُوَ الصَّحِيحُ ^(١٠) ؛ لِمَا قُلْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) في ب ، م : « بعض » .

(٢) في الزيادة : « من » .

(٣-٣) في الأصل : « للثاني » .

(٤) في م : « شبهة » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في ا ، ب ، م : « المهر » .

(٧) في الأصل : « المسيس » .

(٨-٨) في ب ، م : « أصح » .

١١٢٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جُهِلَ ^(١) الْأَوَّلُ مِنْهُمَا ، فَسُخِ النَّكَاحَانِ)

٢٩/٧

وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما ، فلا فرق بين أن / لا يُعْلَمَ كَيْفِيَّةُ وَقُوعِهَا ، أو يُعْلَمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ لَا بَعِيْنَهُ ، أو يُعْلَمَ بَعِيْنَهُ ثُمَّ يُشَكُّ ^(٢) ، فالحكم في جميعها واحد ، وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا . نص عليه أحمد ، في رواية الجماعة . ثم تَتَرَوُجُ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا أو من غيرهما . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك . وعن أحمد رواية أخرى ، أنه يُقَرَّعُ بينهما ، فمن تَقَعَ له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ، ثم يُجَدِّدُ الْقَارِعُ نِكَاحَهُ ، فإن كانت زوجته ^(٣) ، لم يضره تجديد النكاح شيئا ، وإن كانت زوجة الآخر ، بانت منه ^(٤) بطلاقه ، وصارت زوجة هذا بعقده الثاني ؛ لأن القرعة تدخل بتمييز ^(٥) الحقوق ^(٦) عند التساوي ، كالسفر بإحدى نسائه ، والبداءة بالمبيت عند إحداهن ، وتعيين الأنصبة في القسمة . وقال الثوري ، وأبو ثور : يُجْبِرُهُمَا السُّلْطَانُ عَلَى أَنْ يُطْلَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَلْقَةً ، فَإِنْ أَبْيَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا . وهذا قريب من قولنا الأول ؛ لأنه تَعَدَّرَ إِمْضَاءُ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَوَجَبَ إِزَالَةُ الضَّرَرِ بِالتَّفْرِيقِ . وقال الشافعي ، وابن المنذر : النكاح مفسوخ ؛ لأنه تَعَدَّرَ إِمْضَاؤُهُ . وهذا لا يصح ؛ فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله ، كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن ، فإن العقد لا يزول إلا بفسخه ، كذا ههنا . (وقد روى ^(٧) عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وحامد بن أبي سليمان ، أنها تُخَيَّرُ ، فأيهما اختارته فهو زوجها . وهذا غير صحيح ؛ فإن أحدهما ليس بزواج لها ، فلم تُخَيَّرْ بينهما ، كما لو لم يعقد إلا أحدهما ، أو ^(٨) كما لو أشكل على الرجل

(١) في ١ ، ب زيادة : « من » .

(٢) في الأصل ، ١ ، ب : « تشكك » .

(٣) في الأصل : « زوجه » .

(٤) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٥) في م : « التمييز » .

(٦) في م : « بالحقوق » .

(٧-٧) في الأصل ، ١ : « وروى » .

(٨) سقط من : م .

أَمْرَاتِهِ فِي النِّسَاءِ ، أَوْ عَلَى الْمَرْأَةِ زَوْجُهَا ، إِلَّا أَنْ يُرِيدُوا بِقَوْلِهِمْ أَنَّهَا إِذَا اخْتَارَتْ أَحَدَهُمَا ، فُرِّقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْآخَرِ ، ثُمَّ عَقَّدَ الْمُخْتَارُ نِكَاحَهَا . فَهَذَا حَسَنٌ^(٩) ، فَإِنَّهُ يُسْتَعْنَى بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا ، عَنِ التَّفْرِيقِ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُمَا جَمِيعًا ، وَبِفَسْخِ أَحَدِ النِّكَاحَيْنِ عَنِ فُسْخِهِمَا . فَإِنْ أَبَتْ أَنْ تَخْتَارَ ، لَمْ تُجْبَرْ . وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنَّهَا إِذَا اقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَوَقَعَتْ الْقُرْعَةُ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ تُجْبَرْ عَلَى نِكَاحِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ أَنَّ زَوْجَهَا ، فَيَتَعَيَّنُ إِذَا فُسِخَ النِّكَاحَيْنِ ، وَلَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا فِي الْحَالِ ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا دَخَلَ بِهَا ، لَمْ تُنْكَحْ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا مِنْ وَطْئِهِ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ^(١٠) مِنْهُمَا أَنَّ السَّابِقَ بِالْعَقْدِ ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا . وَإِنْ أَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يُقْبَلُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتِ ابْتِدَاءً . وَلَنَا ، أَنَّ الْخَصْمَ فِي ذَلِكَ هُوَ الزَّوْجُ الْآخَرُ^(١١) ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهَا فِي إِبْطَالِ حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ عَلَيْهِ / بِطَّلَاقٍ . وَإِنْ ادَّعَى الزَّوْجَانِ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنَّهَا تَعْلَمُ السَّابِقَ مِنْهُمَا ، فَأُثْبِتَتْ ، لَمْ تُسْتَحْلَفْ ؛^(١٢) لِذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تُسْتَحْلَفُ^(١٣) ، بِنَاءً مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ . فَإِنْ فُرِّقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا ، لِاخْتِيَارِهَا لِصَاحِبِهِ ، أَوْ لَوْ قُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ ، وَأَقَرَّتْ لَهُ أَنَّ عَقْدَهُ سَابِقٌ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ إِقْرَارُهَا ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ مُنَازِعٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ عَقْدٍ آخَرَ .

فصل : وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْعَقْدَيْنِ وَقَعَا مَعًا ، لَمْ يَسْبِقْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، فَهُمَا بِاطِلَانٍ ، لَا حَاجَةَ إِلَى فُسْخِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا بِاطِلَانٍ مِنْ أَصْلِهِمَا ، وَلَا مَهَرٌ لَهَا عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا

(٩) فِي الْأَصْلِ ، أ : « أَحْسَن » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١١) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « الْآخِر » .

(١٢-١٣) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

مِيرَاثَ لَهَا مِنْهُمَا ، وَلَا يَرِثُهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِذَلِكَ ^(١٣) وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ فَفَسَخَ ^(١٤) نِكَاحُهُمَا ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَجِبُ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَيَقْتَرَعَانِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ أَحَدِهِمَا صَحِيحٌ ، وَقَدْ انْفَسَخَ نِكَاحُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرِهَا ، كَمَا لَوْ نَخَّلَعَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُمَا مُجْبِرَانِ عَلَى الطَّلَاقِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُمَا مَهْرٌ ، كَمَا لَوْ فَسَخَ الْحَاكِمُ نِكَاحَ رَجُلٍ لِعُسْرِهِ ^(١٥) أَوْ عُنتِهِ ^(١٦) . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْفَسْخِ وَالطَّلَاقِ ، فَلَا أَحَدُهُمَا نِصْفُ مِيرَاثِهَا ، فَيُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَصْطَلِّحَا عَلَيْهِ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ أَنَّهُ الْمُسْتَحِقُّ وَوَرِثَ . وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجَانِ ، فَلَهَا رُبْعُ مِيرَاثِ أَحَدِهِمَا . فَإِنْ كَانَتْ قَدْ أَقَرَّتْ أَنَّ أَحَدَهُمَا سَابِقُ بِالْعَقْدِ ، فَلَا مِيرَاثَ لَهَا مِنَ الْآخَرِ ، وَهِيَ تَدْعِي رُبْعَ مِيرَاثِ مَنْ أَقَرَّتْ لَهُ . فَإِنْ كَانَ قَدْ ادَّعَى ذَلِكَ ^(١٧) أَيْضًا ، دَفَعَ إِلَيْهَا رُبْعَ مِيرَاثِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ادَّعَى ذَلِكَ ، وَأَنْكَرَ الْوَرِثَةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيَّمَا نِيهِمَ ، فَإِنْ تَكَلَّمُوا قَضَى عَلَيْهِمْ . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ أَقَرَّتْ بِسَبْقِ أَحَدِهِمَا ، احْتَمَلَ أَنْ يَخْلِفَ وَرَثَتُهُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيُورِثَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ فَلَهَا رُبْعُ مِيرَاثِهِ . وَقَدْ رَوَى حَنْبَلٌ عَنْ ^(١٨) أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ لَهُ ثَلَاثُ بَنَاتٍ ، زَوْجٌ إِحْدَاهُنَّ مِنْ رَجُلٍ ، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ ، وَلَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُنَّ ^(١٩) زَوْجٌ : يُقَرَّعُ بَيْنَهُنَّ ، فَأَيَّتُهُنَّ أَصَابَتْهَا الْقُرْعَةُ فَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ فَهِيَ الَّتِي تَرِثُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ السَّابِقُ ، فَأَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ،

(١٣) فِي ١ ، ب ، م : « كَذَلِكَ » .

(١٤) فِي ب ، م : « فَسَخَ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، أ : « لِعُسْرِهِ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « عِيَهُ » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٨) فِي م : « عَلَى » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « أَيُّهُنَّ » .

وَقُلْنَا بِوُجُوبِ الْمَهْرِ ، وَجَبَ عَلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ؛ لِإِقْرَارِهِ لَهَا بِهِ ، وَإِقْرَارِهَا بِبِرَاءَةِ صَاحِبِهِ . وَإِنْ مَاتَا ، وَرَثَتِ الْمُقَرَّرُ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ؛ لِذَلِكَ ^(٢٠) . وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ قَبْلَهُمَا ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَرِثَهَا الْمُقَرَّرُ لَهُ كَمَا تَرِثُهُ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ إِقْرَارُهَا لَهُ ، كَمَا لَمْ تَقْبَلْهُ فِي نَفْسِهَا . وَإِنْ لَمْ تُقَرَّرْ لِأَحَدٍ مِمَّا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ فِي حَيَاتِهِ . وَلَيْسَ لَوَرِثَةِ ^(٢١) وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْإِنْكَارُ لَا سِتِّحْقَاقِهَا ؛ لِأَنَّ مَوْرُوثَهُ قَدْ أَقَرَّ لَهَا بِدَعْوَاهُ صِحَّةَ نِكَاحِهَا وَسَبْقَهُ بِالْعَقْدِ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ تُقَرَّرْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَقِرَّ ع / بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ لَهَا مِيرَاثُ مَنْ تَقَعُ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ أَصَابَهَا ، فَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، أَوْ كَانَتْ لَمْ تُقَرَّرْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَهَا الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرُ لَهَا بِهِ ، وَهِيَ لَا تَدْعِي سِوَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُقَرَّرَةً لِلْآخَرِ ، فَهِيَ تَدْعِي مَهْرَ الْبَيْتِ ، وَهُوَ يُقَرَّرُ لَهَا بِالْمُسَمَّى . ^(٢٢) فَإِنْ اسْتَوَيَا ^(٢٣) أَوْ اصْطَلَحَا ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْبَيْتِ أَكْثَرَ ، حَلَفَ عَلَى الزَّائِدِ ، وَسَقَطَ . وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى أَكْثَرَ ، فَهُوَ مُقَرَّرُ لَهَا بِالزِّيَادَةِ ، وَهِيَ تُنْكِرُهَا ، فَلَا تَسْتَحِقُّهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

و ٣٠/٧

فصل : وَإِنْ ادَّعَى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ ابْتِدَاءً ، فَأَقَرَّتْ لَهُ بِذَلِكَ ، ثَبَتَ النِّكَاحُ وَتَوَارَثَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي ذَلِكَ رَوَايَتَانِ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مَقْبُولٌ ؛ لِأَنَّهَا رَشِيدَةٌ أَقَرَّتْ بِعَقْدٍ ، يَلْزُمُهَا حُكْمُهُ ، فَقَبِلَ إِقْرَارُهَا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ أَنْ وَلِيِّهَا بَاعَ أَمَتَهَا قَبْلَ بُلُوغِهَا ، ^(٢٤) فَإِنْ أَنْكَرَ ^(٢٥) أَبُوهَا تَزْوِيجَهَا ، لَمْ يُقْبَلْ إِنْكَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَى غَيْرِهِ وَقَدْ أَقَرَّبَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بَوْلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ عَيْنَهُمَا ، فَأَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ بِذَلِكَ ، وَأَنْكَرَ الشَّاهِدَانِ ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى إِنْكَارِهِمَا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهَا مَعَ الْإِنْكَارِ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ إِقْرَارُهَا مَعَ إِنْكَارِ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّ تَزْوِيجَهَا إِلَيْهِ دُونَهَا . فَإِنْ ادَّعَى نِكَاحَهَا ، فَلَمْ تُصَدِّقْهُ حَتَّى مَاتَتْ ، لَمْ يَرِثَهَا . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهَا ، فَاعْتَرَفَتْ بِمَا قَالَ ، وَرِثَتْهُ ؛ لِكَمَالِ الْإِقْرَارِ مِنْهُمَا

(٢٠) فِي ١ ، ب ، م : « كَذَلِكَ » .

(٢١) فِي ١ ، ب ، م زِيَادَةٌ : « كُل » .

(٢٢-٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٢٣-٢٤) فِي ١ ، ب ، م : « فَأَنْكَرَ » .

بِتَصَدِّقِهَا . وكذلك لو أَقَرَّتِ المرأةُ دُونَهُ ، فمات قبل أن يُصَدِّقَهَا ، لم تَرِثْهُ . وإن ماتت فصَدَّقَهَا ، وَرِثَهَا ؛ لما ذَكَرْنَا .

١١٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَنْكِحَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَإِنْ نَكَحَ لَمْ يَتَّعِقْ^(١) نِكَاحُهُ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ نِكَاحَهُ بَاطِلٌ . وَالصَّوَابُ مَا قُلْنَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ؛ فَإِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي صِحَّتِهِ ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ رَوَاتَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا ، أَنَّهُ بَاطِلٌ . وَهُوَ قَوْلُ عَثْمَانَ ، وَابْنِ عَمَرَ . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ السَّيِّدِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ جَازَ ، وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَقِفُ عَلَى الْفَسْخِ ، فَوَقَفَ عَلَى الْإِجَازَةِ ، كَالْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيَّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، فَهُوَ عَاهِرٌ » . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ ،^(٢) وَأَبُو دَاوُدَ^(٣) ، وَابْنُ مَاجَةَ^(٤) . وَرَوَى الْحَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُوسَى بْنِ عُقْبَةَ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيَّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، فَهُوَ زَانٌ »^(٥) . قَالَ حَنْبَلٌ : ذَكَرْتُ هَذَا الْحَدِيثَ / لِأَنِّي عَبْدُ اللَّهِ ، ٣٠/٧ ظ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ب : « يَنْفَذُ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنْ جَابِرٍ ، أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٨٠ / ١ .

كَأَخْرَجَهُ عَنْهُ ، التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣١ / ٥ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْعَبْدِ يَتَزَوَّجُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٥٢ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣ / ٣٠١ ، ٣٧٧ .

أَمَّا ابْنُ مَاجَةَ فَقَدْ رَوَاهُ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، فِي : بَابِ تَزْوِيجِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٦٣٠ / ١ .

(٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ تَزْوِيجِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٦٣٠ / ١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْعَبْدِ يَتَزَوَّجُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٥٢ / ٢ .

فقال : هذا حَدِيثٌ مُنْكَرٌ . وَرَوَى^(٥) أَيْضًا عَنْ ابْنِ عَمَرَ^(٦) مَوْقُوفًا عَلَيْهِ مِنْ قَوْلِهِ^(٧) .
وَلَأَنَّهُ نِكَاحٌ فَقَدْ شَرَطَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ .

١١٣١ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، فَعَلَى سَيِّدِهِ خُمْسُ الْمَهْرِ . كَمَا قَالَ
عُثْمَانُ^(١) «بُنْ عَفَانَ» ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يُجَاوِزَ الْخُمْسَانَ قِيَمَتَهُ ، فَلَا يَلْزَمُ سَيِّدَهُ
أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ يُسَلِّمَهُ)

في هذه المسألة خمسة فصول :

الأوّل : في وجوب المهر ، وله حالان ؛ أحدهما ، أن لا يدخل بها ، فلا مهر لها ؛
لأنّه عقد باطل ، فلا يوجب بمجرّده شيئا ، كالبيع الباطل . وهكذا سائر الأتكيحة
الفايدة ، لا توجب بمجرّدها شيئا . الحال الثاني ، أن يصيبها ، فالصحيح في^(٢)
المذهب أن المهر يجب . رواه عنه جماعة . وروى عنه حنبل ، أنّه لا مهر لها إذا تزوّج
العبد بغير إذن سيّده . وهذا يُمكِنُ حملُه على ما قبل الدخول ، فيكون موافقا لرواية
الجماعة ، ويُمكنُ حملُه على عمومهِ في عدم الصّدق . وهو قول ابن عمر . رواه
الأثرم ، عن نافع ، قال : كان إذا تزوّج مملوك لابن عمر بغير إذنه ، جلّده الحدّ ، وقال
للمرأة : إنك أبحت فرجك . وأبطل صدقها^(٣) . ووجهه أنّه وطئ امرأة مطاوعة في غير
نكاح صحيح ، فلم يجب به مهر ، كالمطاعة على الرّئي . قال القاضي : هذا إذا كانا
عالمين بالتحرّيم ، فأما إن جهلت المرأة ذلك ، فلها المهر ؛ لأنّه لا ينقص عن وطء

(٥) في ١ ، ب ، م : « ورواه » .

(٦) في م : « أبى عمر » . خطأ .

(٧) انظر : سنن أبى داود ، الموضع السابق .

(١-١) سقط من : م .

(٢) في م : « من » .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب نكاح العبد بغير إذن مالكة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٧ . وابن

أبى شيبة ، في : باب من كره للعبد أن يتزوج بغير إذن سيّده وقال : إن تزوج فهو عاهر ، من كتاب النكاح . المصنف

٤ / ٢٦١ ، ٢٦٢ . وسعيد بن منصور ، في : باب العبد يتزوج بغير إذن سيّده . السنن ١ / ٢٠٧ .

الشبهة ، ويُمكنُ حملُ هذه الرواية على أنه لا مهر لها في الحال ، بل يجبُ في ذمة العبد يتبع^(٤) به بعد العتق . وهو قول الشافعي الجديد ؛ لأن هذا حق لزيم^(٥) برضى من له الحق ، فكان محلّه الذمة ، كالذنين . والصحيح أن المهر واجب ؛ لقوله عليه السلام : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »^(٦) . وهذا قد استحلَّ فَرْجَهَا ، فيكون مهرها عليه ، ولأنه استوفى منافع البضع باسم النكاح ، فكان المهر واجباً ، كسائر الأثكحة الفاسدة .

الفصل الثاني : أن المهر يتعلق برقبته ، يُباع فيه إلا أن^(٧) يفديه السيد . وقد ذكرنا احتمالاً آخر ، أنه يتعلق بذمة العبد . والأول أظهر^(٨) ؛ لأن^(٩) الوطء أجري مجرى الجنابة الموجبة للضمان بغير إذن المولى ، ولذلك وجب المهر ههنا ، وفي سائر الأثكحة الفاسدة ، ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء ؛ لأنه برضى المستحق . والله أعلم .

الفصل الثالث : أن الواجب من المهر خمسه . وهو قول عثمان بن عفان ، / رضى الله عنه . وعمل به أبو موسى . وعن أحمد ، أنها إن علمت أنه عبد ، فلها خمسه المهر ، وإن^(١٠) لم تعلم ، فلها المهر في رقة العبد . وعنه أن الواجب مهر المثل . وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأنه وطاء يوجب المهر ، فأوجب مهر المثل بكماله ، كالوطء في

٣١/٧ و

(٤) في م : « تنفع » .

(٥) في م : « لزيمه » .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٥ .

(٧) سقط من : م .

(٨) في الأصل : « أصح وأظهر » .

(٩) في م : « إلا أن » .

(١٠) في الأصل ، م ، ا ، م : « وإذا » .

النكاح بلا وليٍّ ، وفي سائر الأئمة الفاسدة . ووجه الأولى ما روى الإمام أحمد ، بإسناده عن خلاص^(١١) ، أن غلاماً لأبي موسى تزوج بمولاة تيجان التميمي ، بغير إذن أبي موسى ، فكتب في ذلك إلى عثمان^(١٢) بن عفان^(١٣) ، فكتب إليه عثمان^(١٣) ، أن فرق بينهما ، وخذ لها الخمسين من صداقها . وكان صداقها خمسة أبيرة^(١٤) . ولأن المهر أحد موجبي الوطء ، فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد^(١٥) ؛ أو أحد العوضين في النكاح ، فينقص^(١٦) العبد ، كعَدِّ المنكوحات .

الفصل الرابع : أنه يجب خمساً المسمى ؛ لأنه صار فيه إلى قصة عثمان ، رضي الله عنه ، وظهرها أنه أوجب خمساً المسمى ، ولهذا قال : وكان صداقها خمسة أبيرة . ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه ، كسائر قيم المتلفات ، ولأوجب القيمة ، وهي الأثمان دون الأبيرة . ويحتمل أنه^(١٧) يجب خمساً مهر المثل ؛ لأنه عوض عن جناية ، فكان المرجع فيه إلى قيمة المحل ، كسائر أروش الجنايات ، وقيمة المحل مهر المثل .

الفصل الخامس : أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد ، لم تلزم السيد الزيادة ؛ لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد ؛ بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء ، فإذا أعطى

(١١) في النسخ : « خلاص » . وهو خلاص بن عمرو الهجري البصري ، تابعي ثقة ، توفي قبيل المائة . تهذيب التهذيب ١٧٦/٣ - ١٧٨ .

(١٢) - (١٣) سقط من : م .

(١٣) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٤) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب نكاح العبد بغير إذن سيده ، من كتاب الطلاق المصنف ٢٤٣/٧ ، ٢٤٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب في العبد يتزوج بغير إذن مولاه فيعطى الصداق فيعلم به ، من كتاب النكاح . المصنف ٢٥٩ / ٤ ، ٢٦٠ .

(١٥) في ١ ، م نهادة : « فيه » .

(١٦) في الأصل : « فنقص » .

(١٧) في الأصل : « أن » .

القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة ، فلم يلزمه زيادة عليه . وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد ، لم يلزمه أكثر من ذلك ؛ لأنه أرض الجناية ، فلا يجب عليه أكثر منها ، والخيرة في تسليم العبد وفدائه إلى السيد . وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بأبين من هذا .

فصل : إذا أذن السيد لعنده في تزويجه بمُعينة ، أو من بلد مُعين ، أو من جنس مُعين ، فنكح غير ذلك ، فنكاحه فاسد ، والحكم فيه كما ذكرنا . وإن أذن له في تزويج صحيح ، فنكح نكاحاً فاسداً ، فكذلك ؛ لأنه غير مأذون له فيه . وإن أذن له في النكاح ، وأطلق ، فنكح نكاحاً فاسداً ، احتمل أن يكون كذلك ؛ لأن الإذن في النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله إذنه ؛ لأن اللفظ بإطلاقه يتناوله . وإن أذن له في نكاح فاسد ، وحصلت الإصابة فيه ، فعلى سيده جميع المهر ؛ لأنه / بإذنه . والله أعلم .

ظ ٣١/٧

١١٣٢ - مسألة ؛ قال : (وإذا تزوج الأمة على أنها حرة ، فأصابها ، ولدت منه ، فالولد حر ، وعليه أن يفديهم ، والمهر المسمى ، ويرجع^(١) به على من غره ، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإمام ، وإن كان ممن يجوز له أن ينكح ، فرضى بالمقام ، فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق)

في هذه المسألة ستة فصول :

أحدها : أن النكاح لا يفسد بالغرور . وهو قول أبي حنيفة . وقال الشافعي في أحد قوليهِ : يفسد ؛ لأنه عقد على حرة ، ولم يوجد ، فأشبهه ما لو قال : بعثك هذا الفرس . فإذا هو حمار . ولنا ، أن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات ، فلا يؤثر عدمها في صحته ، كما لو قال : زوجتك هذه البيضاء . فإذا هي سوداء . أو هذه الحسناء . فإذا هي شوهاء . وكذا يقول في الأصل الذي ذكره : إن العقد^(٢) صحيح ؛ لأن

(١) في الأصل : « فيرجع » .

(٢) في م زيادة : « الذي ذكره » .

الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْعَيْنُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا . وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ ثَمَّ فَائِتَ الذَّاتِ ، فَإِنَّ ذَاتَ الْفَرَسِ غَيْرُ ذَاتِ الْحِمَارِ ، وَهَهُنَا اخْتِلَافٌ فِي الصِّفَاتِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْبَيْعَ يُؤَثِّرُ فِيهِ قَوَاتُ الصِّفَاتِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُرَدُّ بِقَوَاتِ أَيْ شَيْءٍ كَانَ فِيهِ نَفْعٌ مِنْهَا ، وَالنِّكَاحُ بِخِلَافِهِ .

الفصل الثاني : أَنَّ أَوْلَادَهُ مِنْهَا أَحْرَارٌ . بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ حُرِّيَّتَهَا . فَكَانَ أَوْلَادُهُ^(٣) أَحْرَارًا ؛ لِاعْتِقَادِهِ مَا يَفْتَضِي حُرِّيَّتَهُمْ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أُمَةً يَظُنُّهَا^(٤) مِلْكًا لِبَائِعِهَا ، فَبَانَتْ مَعْصُوبَةٌ بَعْدَ أَنْ أَوْلَدَهَا .

الفصل الثالث : أَنَّ عَلَى الزَّوْجِ فِدَاءَ أَوْلَادِهِ . كَذَلِكَ قَضَى عَمْرٌ ، وَعَلِيٌّ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ^(٥) ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَايَةً أُخْرَى ، لَيْسَ عَلَيْهِ فِدَاؤُهُمْ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ حُرًّا الْأَصْلَ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ لِسَيِّدِ الْأُمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ . وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقَالُ لَهُ : افْتَدِ^(٦) أَوْلَادَكَ ، وَإِلَّا فَهُمْ يَتَّبِعُونَ الْأُمَّ^(٧) . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ خَيْرُهُ بَيْنَ فِدَائِهِمْ وَبَيْنَ تَرْكِهِمْ رَقِيْقًا ؛ لِأَنَّهُمْ رَقِيْقٌ بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ فِدَاؤُهُمْ ، كَمَا لَوْ وَطِئَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ رَقَبَهَا . وَقَالَ الْخَلَّالُ : اتَّفَقَ^(٨) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ يَقْدِي وَلَدَهُ . وَقَالَ إِسْحَاقُ عَنْهُ فِي مَوْضِعٍ : إِنَّ الْوَلَدَ لَهُ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَقْدِيَهُمْ . وَأَحْسَبُهُ قَوْلًا^(٩) أَوَّلَ لَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ . وَالصَّحِيْحُ أَنَّ عَلَيْهِ فِدَاءَهُمْ ؛ لِقَضَاءِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ نَمَاءُ الْأُمَةِ الْمَمْلُوكَةِ ، فَسَبِيلُهُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِمَالِكِهَا . وَقَدْ قَوَّتْ رَقَبَهُ بِاعْتِقَادِ الْحُرِّيَّةِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُمْ ، كَمَا لَوْ قَوَّتْ رَقَبَهُمْ بِفِعْلِهِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « وَلَدَهُ » .

(٤) فِي م : « يَعْتَقِدُهَا » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي م : « افْتَدِ » .

(٧) فِي م : « أُمَهُمْ » .

(٨) أَيْ النِّقْلُ .

(٩) فِي ب : « أَنَّهُ قَوْلٌ » .

وفي^(١٠) فِدَائِهِمْ ثَلَاثُ مَسَائِلَ ؛ الْأُولَى ، فِي وَقْتِهِ ، وَذَلِكَ حِينَ وَضَعَ الْوَلَدَ . فَقَضَى بِذَلِكَ عُمَرُ ، وَعَلِيٌّ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ / ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَضْمَنُهُمْ بِقِيَمَتِهِمْ يَوْمَ الْخُسُومَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَضْمَنُهُمْ بِالْمَنْعِ ، وَلَمْ يَمْنَعْهُمْ إِلَّا حَالَ الْخُسُومَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرَّتِهِ عِنْدَ الْوَضْعِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَضْمَنَهُ حِينَئِذٍ^(١١) ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ رِقُّهُ مِنْ حِينَئِذٍ ، وَلِأَنَّ الْقِيَمَةَ الَّتِي تَزِيدُ بَعْدَ الْوَضْعِ ، لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لِلْمَالِكِ الْأَمَةِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا بَعْدَ الْخُسُومَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ كَانَ مَحْكُومًا بِحُرَّتِهِ ، وَهُوَ جَنِينٌ^(١٢) . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْ تَضْمِينُهُ حِينَئِذٍ ، لَعَدَمِ قِيَمَتِهِ وَالْإِطْلَاعِ عَلَيْهِ ، فَأَوْجَبْنَا ضَمَانَهُ فِي أَوَّلِ حَالٍ أُمَكِّنَ^(١٣) تَضْمِينُهُ ، وَهُوَ حَالُ الْوَضْعِ . الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ ، فِي صِفَةِ الْفِدَاءِ ، وَفِيهَا ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، بِقِيَمَتِهِمْ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ ، قُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ »^(١٤) . وَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ مِنَ الْمُتَقَوِّمَاتِ ، لَا مِنْ ذَوَاتِ^(١٥) الْأَمْثَالِ ، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ بِقِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَضْمَنُهُمْ بِمِثْلِهِمْ عَبْدًا ، الذَّكَرُ بِذَكَرٍ ، وَالْأُنْثَى بِأُنْثَى ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : أَبَقْتُ جَارِيَةً لِرَجُلٍ مِنَ الْعَرَبِ ، وَانْتَمَتَ إِلَى بَعْضِ الْعَرَبِ ، فَتَزَوَّجَهَا رَجُلٌ مِنْ بَنِي عُذْرَةَ ، ثُمَّ إِنَّ سَيِّدَهَا دَبَّ ، فَاسْتَأْفَقَهَا وَاسْتَأْفَقَ وَلَدَهَا ، فَاحْتَصَمُوا إِلَى عُمَرَ^(١٦) ابْنِ الْخَطَّابِ^(١٧) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَضَى لِلْعُذْرِيِّ بِفِدَاءٍ وَلَدَهُ بِغُرَّةٍ غُرَّةٍ ؛ مَكَانَ كُلِّ غُلَامٍ بِغُلَامٍ^(١٨) ، وَمَكَانَ كُلِّ جَارِيَةٍ بِجَارِيَةٍ ،

(١٠) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

(١١) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٢) فِي ب ، م : « حِينَ » .

(١٣) فِي م : « يُمْكِنُ » .

(١٤) تَقْدِمْ تَحْرِيجُهُ فِي : ٧ / ٣٦٢ .

(١٥) فِي أ : « ذَوَى » .

(١٦-١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

وكان عمرُ يُقَوِّمُ الغُرَّةَ على أهلِ القرى ومن لم يجدْ غُرَّةً سِتِينَ دِينَارًا . ولأنَّ وَلَدَ المَعْرُورِ حُرٌّ ، فلا يُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ كسائرِ الأحرارِ . فعلى هذه الرواية يُتَبَغَى أَنْ يُنْظَرَ إِلَى مِثْلِهِمْ فِي الصِّفَاتِ تَقْرِيبًا ؛ لِأَنَّ الحَيَوَانَ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ مِثْلُهُمْ فِي الْقِيَمَةِ . وهو قولُ أَبِي بَكْرٍ . والثالثة ، هو مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِمْ بِمِثْلِهِمْ أَوْ قِيَمَتِهِمْ . قال أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْمُيْمُونِيِّ : إِمَّا الْقِيَمَةُ أَوْ رَأْسُ بَرَأْسٍ ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا يُرَوِّيانِ عَنْ عَمَرٍ ، وَلَكِنْ لَا أَذْرِي أَىَّ الْإِسْنَادَيْنِ أَقْوَى . وهذا اختيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وقال فِي « الْمُفْتِجِ » : الْفِدْيَةُ ^(١٨) غُرَّةٌ ^(١٩) بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ ^(٢٠) أَوْ الْقِيَمَةُ ، وَأَيُّهُمَا ^(٢١) أُعْطِيَ أَجْزَأُهُ ^(٢٢) . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ تَرَدَّدَ بَيْنَ الْجَنِينِ الَّذِي يُضْمَنُ بِغُرَّةٍ ، وَبَيْنَ الْإِحَاقَةِ بِغَيْرِهِ مِنَ الْمَضْمُونَاتِ ، فَاقْتَضَى التَّخْيِيرَ بَيْنَهُمَا . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ ، كسائرِ الْمَضْمُونَاتِ الْمُتَقَوِّمَاتِ . وَقَوْلُ عَمَرَ قَدْ اخْتَلَفَ عَنْهُ ^(٢٣) فِيهِ ، قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُمْ مِثْلُ قَوْلِ عَمَرَ . وَإِذَا تَعَارَضَتِ الرِّوَايَاتُ عَنْهُ ، وَجَبَ الرُّجُوعُ إِلَى الْقِيَاسِ . الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ : فِي مَنْ يُضْمَنُ مِنْهُمْ ، وَهُوَ مَنْ وُلِدَ / حَيًّا لَوْ قَتِلَ يَعِيشُ لِمِثْلِهِ ، سَوَاءً عَاشَ أَوْ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا ضَمَانَ عَلَى الْأَبِ لِمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ قَبْلَ الْخُصُومَةِ . وَهَذَا مَبْنِيٌّ ^(٢٤) عَلَى وَقْتِ الضَّمَانِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا السَّقْطُ ، وَمَنْ وُلِدَ لَوْ قَتِلَ لَا يَعِيشُ لِمِثْلِهِ ^(٢٥) ، وَهُوَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَلَا ضَمَانَ لَهُ ^(٢٦) ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ .

ط ٣٢/٧

(١٨-١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) في م زيادة : « بغرة » .

(٢٠) في ١ ، ب ، م : « وأياها » .

(٢١) في الأصل ، ١ : « أجزأ » .

(٢٢) سقط من : الأصل

(٢٣) في الأصل ، ب : « يبنى » .

(٢٤) في ب ، م : « في مثله » .

(٢٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

الفصل الرابع : في المهر ، ولا يخلو من ^(٢٦) أن يكون ممن يجوز له نكاح الإمام أو لا ؛ فإن كان ممن يجوز له نكاح الإمام ، وقد نكحها نكاحاً صحيحاً ، فلها المسمى ، وإن لم يَدْخُلْ بها واختار الفسخ ، فلا مهر لها ؛ لأنَّ الفسخ تَعَذَّرَ من جِهَتِها ، فهي كالمعينة يُفسخ نكاحها . وإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإمام ، فالعقد فاسدٌ من أصله ، ولا مهر فيه قبل الدخول . فإن دَخَلَ بها ، فعليه مهرها . وهل يجبُ المسمى أو مهرُ المثل ؟ على روايتين ، ذكرناهما فيما مضى . وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإمام ، لكن تزوجها بغير إذن سيدها ، أو نحو ^(٢٧) ذلك مما يفسد به النكاح .

الفصل الخامس : أنه يرجع بما غرمه على من غره ، من ^(٢٨) المهر وقيمة الأولاد . هذا اختيار ^(٢٩) الخرقى ، ورواية عن أحمد . قال ابن المنذر : كذلك قضى عمر ، وعلي ، وابن عباس . وبه قال الشافعى في القديم . والرواية الأخرى ، لا يرجع بالمهر . وهو اختيار أبى بكر . قال : وهو قول علي . وبه قال الثوري ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، والشافعى في الجديد ؛ لأنه وجب عليه في مقابلة نفع وصل إليه ، وهو الوطاء ، فلم يرجع به ^(٣٠) ، كما لو اشترى مغصوباً فأكله ، بخلاف قيمة الولد ، فإنها ^(٣١) لم تحصل في مقابلة ^(٣٢) عوضه ؛ لأنها وجبت بحررية الولد ، وحرية الولد للولد لأبيه . قال

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧) في الأصل : « ونحو » .

(٢٨) في ١ ، م : « في » .

(٢٩) في م : « اختاره » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في الأصل ، ب : « فإنه » .

(٣٢) في ب : « مقابلته » .

القاضي : والمذهب أنه يرجع بالمهر ؛ لأن أحمد قال : كنت أذهب إلى حديث علي ، ثم كاتني هبته ، وكأني أميل إلى حديث عمر . يعني في الرجوع . ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء ، كما ضمن له سلامة الولد ، فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر . قال (٣٣) : وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها ، كما يرجع بالمهر ، ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا (٣٤) . إذا ثبت هذا ، فإن كان الغرور من السيد فقال : هي حرة . عتقت . وإن كان بلفظ غير هذا ، لم تثبت به الحرية ، فلا شيء له ؛ لأنه لا فائدة في أن (٣٥) يجب له ما يرجع به عليه . وإن كان الغرور من وكيله ، رجع عليه في الحال . وإن كان من أجنبي ، رجع عليه أيضا . وإن كان منها (٣٦) ، فليس لها في الحال مال ، فيتخرج فيها وجهان ، بناء على دين العبد بغير إذن سيده ، هل / يتعلق برقبته أو يذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي : قياس قول الخرقى ، أنه يتعلق بذمتها ؛ لأنه قال في الأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها : يتبعها به إذا عتقت . كذا ههنا ، ويتبعها بجميعه . وظاهر كلام أحمد ، أن الغرور إذا كان من الأمة ، لم يرجع على أحد ؛ فإنه قال : إذا جاءت الأمة فقالت : إني حرة . فولت أمرها رجلا ، فزوجها من رجل ، ثم ظهر عليها مولاها ، قال : فكأنك ولده على الأب ؛ لأنه لم يغره أحد . وأما إذا غره رجل ، فزوجها على أنها حرة ، فالفداء على من غره . يروى (٣٧) هذا عن علي ، وإبراهيم ، وحمام . وكذلك قال الشعبي . وإن قلنا : يتعلق برقبته . فالسيد مخير بين فدايتها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها ، أو يسلمها ، فإن اختار فداها بقيمتها ، سقط قدر ذلك عن الزوج ، فإنه لا فائدة في أن توجبه عليه ثم ترده إليه . وإن اختار تسليمها ، سلمها ، وأخذ ما وجب له . وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع ، أن يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد ، فيقول : زوجتكها على أنها

٣٣/٧

(٣٣) سقط من : ١ ، ب .

(٣٤) في ب ، م زيادة : قال .

(٣٥) في الأصل : أنه .

(٣٦) في ١ : منها .

(٣٧) في الأصل : روى .

حُرَّةٌ . فإن لم تكن كذلك ، لم تملك الفسخ . وهذا مذهب الشافعي . والصحيح خلاف هذا ، فإن^(٣٨) الصحابة الذين قضوا بالرجوع ، لم يفرقوا بين أنواع العُرور ، ولم يستفصلوا ، والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ، ولم تجر العادة به في العقود ، فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ، ولأن العُرور قد يكون من المرأة ، ولا لفظ لها في العقد ، ولأنه متى أخبره بحريتها ، أو أوهمه ذلك بقرائن تعلب على ظنه حريتها ، فنكحها على ذلك ، ورغب فيها بناءً عليه ، وأصدقها صداق الحرائر ، ثم لزمه الغرم ، فقد^(٣٩) استنصر بناءً على قول المخبر له والعار ، فتجب إزالة الضرر عنه ، بإثبات الرجوع على من غره وأضر به . فعلى هذا ، إن كان العُرور من اثنين أو أكثر ، فالرجوع على جميعهم ، وإن كان العُرور^(٤٠) منها ومن الوكيل ، فعلى كل واحد منهما نصفه . والله أعلم .

الفصل السادس : أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإمام ، وهو من^(٤١) يجد الطول ، أو لا يخشى العنت ، فإنه يفرق بينهما ؛ لأننا بيننا أن النكاح فاسد من أصله ؛ لعدم شرطه . وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها ، أو اختل شرط من شروط النكاح ، فهو فاسد ، يفرق بينهما . والحكم في الرجوع على ما ذكرنا . وإن كان ممن يجوز له نكاح الإمام ، وكانت شرائط النكاح مجتمعة ، فالعقد صحيح ، وللزوج الخيار بين الفسخ / والمقام على النكاح . وهذا معنى قول الخرقي : « فرضي بالمقام » معها^(٤٢) على النكاح^(٤٣) ، وهذا^(٤٤) الظاهر من مذهب الشافعي . وقال

ظ ٣٣/٧

(٣٨) في م : « قال لأن » .

(٣٩) في ب : « قد » .

(٤٠) في ب ، م : « الغرم » .

(٤١) في ا ، ب ، م : « ممن » .

(٤٢-٤٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب . وكلام الخرقي ينتهي عند علامة التنصيص السابقة .

(٤٣) في ب : « وهو » .

أبو حنيفة : لا خيار له ؛ لأنَّ الكفَاءَةَ غيرُ مُعْتَبَرَةٍ في جانبِ المَرْأَةِ ، ولأنَّه^(٤٤) يَمْلِكُ الطَّلَاقَ . ولنا ، أنَّه عَقْدٌ غَرٌّ فيه أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِحُرِّيَّةِ الْآخَرِ ، فَتَبَّتْ لَهُ الْخِيَارُ كَالْآخَرِ^(٤٥) ، ولأنَّ^(٤٦) الكفَاءَةَ وإنْ لَمْ تُعْتَبَرْ فَإِنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي اسْتِرْقَاقِ وَلَدِهِ ، وَرِقِّ امْرَأَتِهِ ، وَذَلِكَ أَعْظَمُ مِنْ فَقْدِ الْكَفَاءَةِ . وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَلَا يَنْدَفِعُ^(٤٧) بِهِ الضَّرَرُ ؛ فَإِنَّهُ يُسْقِطُ^(٤٨) نِصْفَ الْمُسَمَّى ، وَالْفَسْخُ يُسْقِطُ جَمِيعَهُ ، فَإِذَا فُسِّخَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَإِنْ رَضِيَ بِالْمَقَامِ مَعَهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، وَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ رَقِيقٌ لِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ رِقَّتِهِمْ فِي الْعُرُورِ اعْتِقَادُ الزَّوْجِ حُرِّيَّتَهَا ، وَقَدْ زَالَ ذَلِكَ بِالْعِلْمِ . وَلَوْ وَطَّئَهَا قَبْلَ عِلْمِهِ ، فَعَلِقَتْ مِنْهُ ، ثُمَّ عَلِمَ قَبْلَ الْوَضْعِ ، فَهُوَ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّئَهَا يَعْتَقِدُ حُرِّيَّتَهَا .

فصل : والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفية ، كالأمة القين ؛ لأنها ناقصة بالرق ، إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه ، وكذلك من أعتق بعضها ، إلا أنه إذا فدَى الولد ، لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق ؛ لأن بقيته حرٌّ بحريته أمه ، لا باعْتِقَادِ الْوَاطِئِ^(٤٩) . فإن كانت مكاتبَةً فكذلك ، إلا أن مهرها ؛ لأنه من كسبها ، وكسبها لها . وتجب قيمة ولدها ، على الرواية المشهورة . قال أبو بكر : ويكون ذلك لها تستعين به في كتابتها . فإن كان العرور منها ، فلا شيء لها ، إذا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها ، وإن كان العرور من غيرها ، غريمه لها ، ويرجع به^(٥٠) على من غره .

(٤٤) في ب ، م : « لأنه » .

(٤٥) في الأصل : « كالآخر » .

(٤٦) في ب : « وإن » ، وفي م : « فإن » .

(٤٧) في ب : « يدفع » .

(٤٨) في م : « سقط » .

(٤٩) في ا ، م : « الوطء » .

(٥٠) في ا ، ب : « ورجع » .

فصل : ولا يثبت أنها أمة بمجرّد الدّعوى ، فإن أقام^(٥١) بذلك بينة ، ثبت . وإن أقرت أنها أمة ، فقال أحد ، في رواية أبى الحارث : لا يستحقها بإقرارها ؛ وذلك لأن إقرارها يُزيل النكاح عنها ، ويثبت حقاً على غيرها ، فلم يُقبل ، كما إقرارها بمال على غيرها . وقال ، في رواية حنبل : لا شيء له حتى يثبت ، أو يُقرّ هي أنها أمة^(٥٢) . فظاهراً هذا أنه يُقبل إقرارها ؛ لأنها مقررّة على نفسها بالرق ، أشبه غير الزوجة . والأول أولى . ولا تُسلم أنه يُقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية ؛ لأنها أقرت بما يتعلّق به حق الله تعالى .

فصل : إذا حملت المَعْرُورُ بها ، فضرَبَ بطنها ضارب ، فالقَت جَنِيناً مَيِّتاً ، فعلى الضارب غُرّة ؛ لأنّ هذا الجنين محكوم بحريته / ، ويرثها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل . وإن كان الضارب أباه ، لم يرثه ، وورثه أقاربه . ولا يجب بذل هذا الولد للسيّد ؛ لأنه إنّما يستحقّ بذل حَيٍّ ، وهذا ميت . ويَحْتَمِلُ أن يجب له عُشْرُ قِيَمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنّ الواطئ قَوّت ذلك عليه باعتقاد الحرية ، ولَوْلَا لَوَجَبَ له ذلك .

و ٣٤/٧

فصل : إذا تزوّجت المرأة عبداً على أنّه حرٌّ ، فالنكاح صحيح . وهذا قول أبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعى ؛ لأنّ اختلاف الصّفة لا يَمْنَعُ صحّة العقد ، كما لو تزوّج أمة على أنها حرة . وهذا إذا كملت شروط النكاح ، وكان ذلك باذن سيّده . وإن كانت المرأة حرة ، وقُلنا : الحرية ليست من شروط الكفّاءة . أو أنّ فقد الكفّاءة لا يبطّل النكاح . فهو صحيح ، وللمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء ، فإن اختارت إمضاءه ، فلا ولياؤها الاعتراض عليها لعدم الكفّاءة . وإن كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضاً ؛ لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غرّ بأمة^(٥٣) ، ثبت للأمة إذا غرّت بعبد . وكلّ

(٥١) م : « قام » .

(٥٢) م : « أمة » .

(٥٣) في ا ، ب ، م : « من أمة » .

مَوْضِعِ حَكْمِنَا بَفْسَادِ الْعَقْدِ فُفِّرَقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ، أَوْ الْمُسَمَّى ، عَلَى مَا قَدَّمْنَا مِنَ الْاِخْتِلَافِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ فُسِّخَ النِّكَاحُ مَعَ الْقَوْلِ بِصِحَّتِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهَا الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ فُسِّخَ طَرَأَ عَلَى نِكَاحٍ ، فَأُشْبِهَ الطَّلَاقَ .

فصل : فَإِنْ غَرَّهَا بِنَسَبٍ ، فَبَانَ دُونَهُ ، وَكَانَ ذَلِكَ مُخِلًّا بِالْكَفَاءَةِ ، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ النِّكَاحِ ، فَلَهَا الْخِيَارُ ، فَإِنْ اخْتَارَتِ الْإِمْرَأَةُ ، فَلَأَوْلِيَّاهَا الْاعتِرَاضُ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ يُخِلَّ بِالْكَفَاءَةِ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فِي النِّكَاحِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ شَرَطْتَهُ^(٥٤) فَقِيهَاً ، فَبَانَ بِخِلَافِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَتْ غَيْرَ النَّسَبِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُعْتَبَرُ فِي الْكَفَاءَةِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ غَيْرُ مُكَافِيٍّ لَهَا فِي النَّسَبِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَبَرِ فِي الْكَفَاءَةِ ، كَالْفَقْهِ وَالْجَمَالِ وَأُشْبَاهِ ذَلِكَ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُؤْتَرُ^(٥٥) فِي النِّكَاحِ ، فَلَا يُؤْتَرُ^(٥٦) اشْتِرَاطُهُ . وَذُكِرَ فِيمَا إِذَا بَانَ نَسَبُهُ دُونَ مَا ذَكَرَهُ^(٥٧) وَجْهٌ^(٥٨) فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهَا وَإِنْ^(٥٩) لَمْ يُخِلَّ بِالْكَفَاءَةِ ، وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١١٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا ، فَوَلَدَهُ أحرارًا ، وَيَفْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهَ)

وجملة ذلك أن المغرور إذا كان عبدًا ، فولدته أحرارًا . وقال أبو حنيفة : يكون رقيقًا ؛

(٥٤) في م : : شرطه .

(٥٥) في م : : يعتبر .

(٥٦) في الأصل زيادة : في .

(٥٧) في م : : ذكر .

(٥٨) في الأصل : : وجهها .

(٥٩) في م : : إن .

لأنَّ أبويه رقيقٌ . وليس ذلك بصحيح ، فإنه وطَّعها مُعْتَقِدًا حُرِّيَّتَها ، فكان وَلَدُهُ حُرًّا ، كَوَلَدِ / الحرِّ ، فإنَّ هذا هو الْعِلَّةُ الْمُقْتَضِيَةُ لِلْحُرِّيَّةِ فِي مَحَلِّ الْوَفَاقِ ، ولولا ذلك لكان رقيقًا ، فإنَّ عِلَّةَ رِقِّ الْوَلَدِ رِقُّ الْأُمِّ خَاصَّةً ، ولا عِبرَةَ بِحَالِ الْأَبِ ، بِدَلِيلِ وَلَدِ الحرِّ مِنَ الْأُمِّ ، وَوَلَدِ الحرَّةِ^(١) مِنَ الْعَبْدِ . وعلى الْعَبْدِ فِدَاؤُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتْ رِقَّهُمْ بِاعْتِقَادِهِ وَفِعْلِهِ ، وَلَا مَالٌ لَهُ فِي الْحَالِ ، فَيُخَرَّجُ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ بِمَنْزِلَةِ جِنَايَتِهِ . والثَّانِي ، بِذِمَّتِهِ يَتَّبِعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، بِمَنْزِلَةِ عَوَضِ الْخُلْعِ مِنَ الْأُمِّ إِذَا بَدَّلَتْهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا . ويُفَارِقُ الْإِسْتِدَانَةَ وَالْجِنَايَةَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَدَانَ أَتْلَفَ مَالَ الْعَرِيمِ ، فكان جِنَايَةً مِنْهُ ، وَهَهُنَا لَمْ يَجُنْ فِي الْأَوَّلِ جِنَايَةً ، وَإِنَّمَا عَتَقُوا مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ ، وَمَا حَصَلَ لَهُ مِنْهُمْ عَوَضٌ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ يَتَّبِعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ حِينَ يَغْرُمُهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ لَهُ بِذَلِكَ مَا لَمْ يُفْتِ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَتُنْتَعَجَلُ فِي الْحَالِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ^(٢) الْفِدَاءَ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . وَجَبَ فِي الْحَالِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ سَيِّدُهُ فِي الْحَالِ ، وَيُثْبِتُ لِلْعَبْدِ الْخِيَارَ إِذَا عَلِمَ ، كَمَا ثَبَتَ^(٣) لِلْحُرِّ لِمَنْ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي رِقِّ وَلَدِهِ ، وَنَقْصًا فِي اسْتِمْتَاعِهِ ، فَإِنَّهَا لَا تَبَيَّنُ^(٤) مَعَهُ لَيْلًا وَنَهَارًا ، وَلَمْ يَرْضَ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُثْبِتَ لَهُ خِيَارٌ ؛ لِأَنَّهُ فَقَدْ صِفَةً لَا مَنَقَصَ^(٥) بِهَا عَنْ رُبَّتِيَّتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو شَرْطَ نَسَبِ امْرَأَةٍ فَبَاءَتْ بِخِلَافِهِ ؛ لِأَنَّهَا مُسَاوِيَةٌ لِنَسَبِهِ ، بِخِلَافِ تَغْيِيرِ الحرِّ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : لَا خِيَارَ لَهُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهِ قَوْلَانِ . وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِذَا اخْتَارَ الْإِقَامَةَ ، فَالْمَهْرُ وَاجِبٌ ، لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ اخْتَارَ الْفَسْخَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ وَالنِّكَاحُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَالْمَهْرُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، وَفِي الرَّجُوعِ بِهِ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَفِي قَدْرِ مَا يَجِبُ

(١) فِي ١ ، م : « الحر » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي ب : « يَبَيَّنُ » .

(٤) فِي ١ ، ب : « تَبَيَّنَ » .

(٥) فِي م : « يَنْقُصُ » .

عليه^(٦) وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، مَهْرُ الْمِثْلِ . وَالثَّانِي ، الْخُمْسَانِ . وَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا مُسْلِمَةٌ ، فَبَاءَتْ كَافِرَةً ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ تَقْصُّ وَضَرَّرَ يَتَعَدَّى إِلَى الْوَلَدِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو شَرَطَهَا حُرَّةً فَبَاءَتْ أَمَةً .

فصل : فَإِنْ شَرَطَهَا بِكَرٍّ ، فَبَاءَتْ ثِيًّا . فَعَنْ أَحْمَدَ كَلَامٌ يَحْتَمِلُ أَمْرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ التَّكَاحَ لَا يَرُدُّ فِيهِ بَعِيْبُ سِوَى ثَمَانِيَةِ عُيُوبٍ ، فَلَا يَرُدُّ فِيهِ^(٧) بِمُخَالَفَةِ الشَّرْطِ . وَالثَّانِي ، لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ صِفَةً مَقْصُودَةً ، فَبَانَ خِلَافُهَا ، فَيُثْبِتُ^(٨) لَهُ الْخِيَارُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ الْحُرِّيَّةَ . وَعَلَى هَذَا لَوْ شَرَطَهَا / ذَاتَ نَسَبٍ ، فَبَاءَتْ ذُوْنَهُ ، أَوْ شَرَطَهَا يَتِيْمًا ، فَبَاءَتْ سُودَاءَ ، أَوْ شَرَطَهَا^(٩) طَوِيلَةً ، فَبَاءَتْ قَصِيْرَةً ، أَوْ حَسَنَاءَ فَبَاءَتْ شَوْهَاءَ ، خُرَّجَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَجْهَان . وَنَحْوُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْقِيَاسُ أَنَّ لَهُ الرَّدَّ إِنْ كَانَ فِيهِ اخْتِلَافٌ ، وَإِنْ كَانَ إِجْمَاعًا فَلَا إِجْمَاعَ أَوْلَى مِنَ التَّنْظِيرِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّدِ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا وَافَقَ أَبَا ثَوْرٍ عَلَى مَقَالَتِهِ . وَمِمَّنْ أَلْزَمَ الزَّوْجَ مِنْ هَذِهِ صِفَتِهَا الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى الزُّهْرِيُّ ، أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَلَمْ يَجِدْهَا عَذْرَاءَ ، كَانَتِ الْحَيْضَةُ خَرَقَتْ عُذْرَتَهَا ، فَأَرْسَلَتْ إِلَيْهِ عَائِشَةُ : إِنَّ الْحَيْضَةَ تُذْهِبُ الْعُذْرَةَ يَقِيْنًا^(٩) . وَعَنْ الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَإِبْرَاهِيمَ ، فِي الرَّجُلِ إِذَا لَمْ يَجِدْ امْرَأَتَهُ عَذْرَاءَ : لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، الْعُذْرَةُ تُذْهِبُهَا الْوُتْبَةُ ، وَكَثْرَةُ الْحَيْضِ ، وَالتَّعَنُّسُ ، وَالْجِمْلُ الثَّقِيلُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٧) في ا ، ب ، م : منه .

(٨) في الأصل : ثبت .

(٩) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب الرجلان ينكحان أختين ، السنن ٢ / ٧٦ .

فصل : وإذا تزوّج امرأة يظنّها حرّة ، فبانت أمة ، أو يظنّها مُسْلِمةً ، فبانت كافرةً ، أو تزوّجت عبداً تظنّه حرّاً ، فلهم الخيار ، كما لو شرطوا^(١٠) ذلك . نصّ عليه أحمد ، في امرأة تزوّجت عبداً تظنّه حرّاً ، فلها الخيار . وقال الشافعي ، في الأمة : لا خيار له . وفي الكافرة : له الخيار . وقال بعضهم فيها جميعاً قولان . ولنا ، أن بعض الرّق أعظم ضرراً ، فإنّه يؤثّر في رِقِّ ولّده ، ويمنع^(١١) كمال استمتاعه ، فكان له الخيار ، كما لو كانت كافرةً .

فصل : وإن شرطها أمةً ، فبانت حرّة ، أو ذات نسب ، فبانت أشرف منه ، أو على صفة دينيّة ، فبانت خيراً من شرطه ، أو كافرةً ، فبانت مُسْلِمةً ، فلا خيار له في ذلك ؛ لأنّه زيادة . وقال أبو بكر : له الخيار إذا بانت مُسْلِمةً ؛ لأنّه قد يكون له عرض في عدم وجوب العبادات . والأوّل أولى .

فصل : وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول ، فلا مهر عليه . وإن فسخ بعده ، وكان التّغريض مجنّ له المهر ، فلا شيء عليه أيضاً ، وإن كان من غيره ، فعليه المهر ، يدفعه ثم يرجع به على الغارّ ، فإن كان التّغريض من أوليائها ، رجّع عليهم ، وإن علم بعضهم احتمال أن يرجع عليه وحده ؛ لأنّه الغارّ ، واحتمل أن يرجع على جميعهم ؛ لأنّ حقوق الأدميين في العمد والسّهو سواء .

١١٣٤ — مسألة ؛ قال : (وإذا قال : قد جعلت عتق أمتي صداقها . بحضرة شاهدين ، فقد ثبت العتق والنكاح . وإذا قال : أشهد أنّي قد أغتقتها ، وجعلت عتقها / صداقها . كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين ، سواء تقدّم^(١) العتق أو تأخّر ،

ظ ٣٥٧

(١٠) في ١ ، ب ، م : « شرط » .

(١١) في الأصل ، ١ ، ب : « ومنع » .

(١) في م زيادة : « القول » .

إِذَا لَمْ يَكُنْ يَنْتَهَمَا فَصَلَّ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِبَيْتِهَا (

في هذه المسألة خمسة فصول^(٢) :

الأول : أن ظاهر المذهب أن الرجل متى^(٣) أعتق أمتة ، وجعل عتقها صداقها ، فهو نكاح صحيح . نص عليه أحمد ، في رواية الجماعة^(٤) . وروى ذلك^(٥) عن علي ، رضي الله عنه . وفعله أنس بن مالك . وبه قال سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، والحسن ، والزهرى ، وإسحاق . وقال الأوزاعي : يلزمها أن تزوجه . وروى المروزي عن أحمد^(٦) : إذا أعتق أمتة ، وجعل عتقها صداقها ، يؤكل رجلاً يزوجه . وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح . قال^(٧) أبو الخطاب : هي الصحيحة . واختارها القاضي ، وابن عقيل . وهو قول أئمة حنفية ، ومالك ، والشافعي ؛ لأنه لم يوجد إيجاب وقبول ، فلم يصح لعدم أركانها ، كما لو قال : أعتقتك . وسكت ، لأنها بالعتق تملك نفسها ، فيجب أن يعتبر رضاها ، كما لو فصل بينهما ، ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك ، فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفسه^(٨) المسمى^(٩) ، فإنه لو قال : بعثتك هذه الأمة ، على أن تزوجنيها بالثمن . لم

(٢) في حاشية ب : « أهلية العاقد وأهلية المعقود عليه هل يشترط أن تتقدم على العقد ، كما هو مذهب الشافعي وقول القاضي أبي يعلى ، أو يكفي أن تكون الأهلية حاصلة حين العقد ، وهو ظاهر مذهب أحمد ؟ كمتى الأمة وجعل عتقها صداقها ، وككتابة العبد مع بيعه شيئا ، وبيع السلعة واشترط أن تكون رهنا ، كما ذكر أبو يعلى ، في الجامع الكبير ؛ لأن الحكم المقصود من الشروط سواء كانت متقدمة أو متقاربة ، كالحياة مع العلم ، تضعف في بعض المواضع للعجز عن الإتيان بها مقارنة ، كالوضوء مع الصلاة . »

(٣) في م : « إذا » .

(٤) في ا ، ب ، م : « جماعة » .

(٥) سقط من : ب .

(٦) في انقادة : « قال » .

(٧) في م : « وقال » .

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : « بالمسمى » .

يَصِحُّ . ولنا ، ما روى أنسٌ ، أن رسول الله ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ ، وجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا . متفقٌ عليه^(١٠) . وفي لفظ : أَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا . فقلتُ يا أبا حَمَزَةَ ، ما أَصَدَقَهَا ؟ قال : نَفْسَهَا^(١١) . وَرَوَى الْأَثَرِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ صَفِيَّةَ . قالت : أَعْتَقَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وجَعَلَ عِتْقِي صَدَاقِي^(١٢) . وبإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : إِذَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِهِ ، فجعل عِتْقَهَا صَدَاقَهَا ، فلا بَأْسَ بِذَلِكَ . ومتى ثَبَتَ الْعِتْقُ صَدَاقًا ، ثَبَتَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ لَا يَتَقَدَّمُ النِّكَاحَ ، ولو تأخَّرَ الْعِتْقُ عَنِ النِّكَاحِ لم يَجْزِ ، فَدُلَّ عَلَى أَنَّهُ انْعَقَدَ^(١٣) بهذا اللَّفْظِ ، ولأنَّهُ لم يَنْقَلْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ اسْتَأْنَفَ عَقْدًا ، ولو اسْتَأْنَفَهُ لظَهَرَ ، ويُقَالُ كَمَا يُقَالُ غَيْرُهُ ، وَلَأنَّ مَنْ جازَ لَهُ تَزْوِيجُ امْرَأَةٍ لِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ قَرَابَةٍ ، جازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، كَالْإِمَامِ . وقولُهم : لم يُوجَدَ إِجْبَابٌ وَلَا قَبُولٌ . عَدِيمُ الْأَثَرِ^(١٤) ؛ فَإِنَّهُ لو وُجِدَ لم يَحْكُمُوا بِصِحَّتِهِ ، وعلى أَنَّهُ إِنْ لم يُوجَدَ فَقَدْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ، وهو جَعْلُ الْعِتْقِ صَدَاقًا ، فَأَشْبَهَ مَالُو تَزَوُّجِ امْرَأَةٍ هُوَ وَلِيِّهَا ، وكما لو قال الخاطِبُ لِلْوَلِيِّ : أَرْوَجْتَ ؟ فقال : نعم . وقال لِلزَّوْجِ : أَقْبَلْتَ ؟ فقال : نعم . عند أصحابنا ، وكما لو / أُنِيَ بِالْكِنَايَاتِ عِنْدَ أُنَى حَنِيفَةٍ وَمَنْ وَاظَفَهُ .

٣٦/٧

الفصل الثاني : أَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ : أَعْتَقْتُكَ ، وجَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ وَتَزَوَّجْتُكَ . وبذلك خَالِيًا عَنْ قَوْلِهِ : وَتَزَوَّجْتُكَ . وهذا لَفْظُ الْخَرْقِيِّ ، وهو الَّذِي جَاءَ فِي حَدِيثِ أَنَسٍ . وبِقَوْلِهِ : جَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . أَوْ جَعَلْتُ^(١٥) صَدَاقَكَ عِتْقَكَ .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(١١) في ١ ، ب ، م زيادة : « عتقها » .

• وتقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(١٢) وأخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في رجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ... ، من كتاب النكاح . المصنف

١٥٦ / ٤ .

(١٣) في م : « العقد » .

(١٤) في م : « التأثير » .

(١٥) في م : « وجعلت » .

وهذا معنى قول الخِرَقِيُّ : « سواءَ تَقَدَّمَ الْعِتْقُ أَوْ تَأَخَّرَ » . ونَصُّ أَحْمَدَ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ : إِذَا قَالَ : جَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . أَوْ صَدَاقَكَ عِتْقَكَ . كُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ .

الفصل الثالث : أَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَهُمَا فَصْلٌ . وَلَوْ قَالَ أَعْتَقْتُكَ . وَسَكَتَ سُكُوتًا يُمَكِّنُهُ الْكَلَامُ فِيهِ ، أَوْ تَكَلَّمَ بِكَلَامٍ أَجْنَبِيٍّ ، ثُمَّ قَالَ : جَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . لَمْ يَصِحَّ النُّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِالْعِتْقِ حُرَّةً ، فَيَحْتَاجُ ^(١٦) أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ^(١٧) بِرِضَاهَا بِصَدَاقٍ جَدِيدٍ .

الفصل الرابع : أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ شَاهِدَيْنِ إِذَا قُلْنَا بِاشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ فِي النُّكَاحِ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ » ^(١٨) .

الفصل الخامس : أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ عَلَيْهَا يَنْصِفُ قِيمَتَهَا ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ يُوجِبُ الرُّجُوعَ فِي نِصْفِ مَا فَرَضَ لَهَا ، وَقَدْ فَرَضَ لَهَا نَفْسَهَا ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الرُّجُوعِ فِي الرُّقِّ بَعْدَ زَوَالِهِ ، فَيَرْجِعُ ^(١٩) يَنْصِفُ قِيمَةَ نَفْسِهَا . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ . وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : يَرْجِعُ بِرُبْعِ قِيمَتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ طَلَّاقٌ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَأَوْجَبَ الرُّجُوعَ ^(٢٠) فِي النِّصْفِ ^(٢١) ، كَسَائِرِ الطَّلَاقِ . وَتُعْتَبَرُ الْقِيمَةُ حَالَةَ الْإِغْتِاقِ ؛ لِأَنَّهَا حَالَةُ الْإِثْلَافِ . فَإِنْ لَمْ تُكُنْ قَادِرَةً عَلَى نِصْفِ الْقِيمَةِ ، فَهَلْ تُسْتَسْمَى فِيهَا ، أَوْ تَكُونُ دَيْنًا تُنْظَرُ بِهِ إِلَى حَالِ الْقُدْرَةِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ النُّكَاحَ ^(٢٢) لَا يَتَعَقَّدُ ^(٢٣) بِهَذَا الْقَوْلِ . فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّهُ أزالَ مِلْكَهُ بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَرَجَعَ إِلَى قِيمَةِ الْمُفْقُوتِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قُلْنَا : إِنْ النُّكَاحَ انْعَقَدَ بِهِ . فَارْتَدَّتْ قَبْلَ

(١٦-١٧) فِي م : « إِلَى تَزْوِجِهَا » .

(١٧) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٤٧ .

(١٨) فِي أ ، ب ، م : « فَرَجَعَ » .

(١٩-٢٠) فِي الْأَصْلِ : « بِالنِّصْفِ » .

(٢٠-٢١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ يَنْعَقَدَ » .

الدُّخُول ، أو فَعَلْتُ مَا يَنْفَسِحُ بِهِ نِكَاحُهَا ، مثل أن أَرْضَعْتَ زَوْجَةً لَهُ صَغِيرَةً ، ونحو ذلك ، انْفَسَحَ نِكَاحُهَا ، وعليها قِيَمَةُ نَفْسِهَا .

فصل : وإن قال لَأَمْتِهِ : اُعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي نَفْسِكَ ، ويكونَ عِتْقُكَ صَدَاقَكَ . أو لم يَقُلْ : ويكونَ عِتْقُكَ صَدَاقَكَ . فَقَبِلْتُ ، عَتَقْتَ ، ولم يَلْزَمْهَا أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسُهَا ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ فِي نِكَاحٍ ^(٢١) ، فلم يَلْزَمْهَا ، كما لو ^(٢٢) أَسْلَفَ حُرَّةً أَلْفًا عَلَى أَنْ / يَتَزَوَّجَهَا ، وَلَئِنْهَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا مِنَ الْخِيَارِ قَبْلَ وُجُودِ سَبَبِهِ ، فلم يَسْقُطْ ، كالشَّفِيعِ يُسْقِطُ شَفَعَتَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ ، وَيَلْزَمُهَا قِيَمَةُ نَفْسِهَا . أَوْ مَا إِلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ مِلْكَهُ مِنْهَا بِشَرْطِ عَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ بِقِيَمَتِهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا تَلَفَتِ السَّلْعَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، وَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ إِذَا انْتَصَلَ بِهِ الدُّخُولُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمُهَا شَيْءٌ ، بِنَاءً ^(٢٣) عَلَى مَا إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : اُعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي أَلْفًا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَزُفَرٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِلَفْظِ شَرْطٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : اُعْتَقْتُكَ ، وَزَوِّجَنِي نَفْسِكَ . وَتُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ حَالَةَ الْعِتْقِ ، وَيُطَالِبُهَا فِي الْحَالِ إِنْ كَانَتْ قَادِرَةً عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ مُغْسِرَةً ، فَهَلْ تَنْظُرُ إِلَى الْمَيْسَرَةِ ، أَوْ تُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ^(٢٤) ، أَصْلُهُمَا فِي الْمُفْلِسِ هَلْ يُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : وإن اتَّفَقَ السَّيِّدُ وَأَمَتُهُ عَلَى أَنْ يُعْتَقَهَا ، وَتُزَوَّجَهُ نَفْسُهَا ، فَتَزَوَّجَهَا عَلَى ذَلِكَ ، صَحَّ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا غَيْرَ مَا شَرَطَ مِنَ الْعِتْقِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَكُونُ الْعِتْقُ صَدَاقًا ، لَكِنْ إِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى الْقِيَمَةِ الَّتِي لَهُ فِي ذِمَّتِهَا ، وَهِيَ يَعْلَمَانِ الْقِيَمَةَ ، صَحَّ الصَّدَاقُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعِتْقَ صَلَاحٌ صَدَاقًا فِي حَقِّ النَّبِيِّ ﷺ ،

(٢١) فِي ب : (النِّكَاحُ) .

(٢٢) فِي أ ، م ، نَهَادَةُ : (كَانِ) .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢٤) فِي م : (رِوَايَتَيْنِ) .

فَيَجُوزُ فِي حَقِّ أُمِّهِ كَالدَّرَاهِمِ ، وَلَأنَّهُ يَصْلُحُ عَوْضًا فِي الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَلَى أَلْفٍ . جَازَ ، فَلَأنَّ يَكُونُ عَوْضًا فِي النِّكَاحِ أَوْلَى ؛ فَإِنَّ النِّكَاحَ لَا يُقْصَدُ فِيهِ الْعَوْضُ . وَعَلَى هَذَا لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يُعْتِقَ أَبَاهَا ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعِتْقَ يَصِيرُ صَدَاقًا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا مَا لَأَتَمَّ تَزَوُّجَهَا عَلَيْهِ . فَإِنْ بَدَّلَتْ لَهُ نَفْسَهَا لِيَتَزَوَّجَهَا فَاثْتَنَعَ ، لَمْ يُجَبَّرْ ، وَكَانَتْ لَهُ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا لَمْ تُجَبَّرْ عَلَى تَزْوِيغِهِ نَفْسَهَا ، لَمْ يُجَبَّرْ هُوَ عَلَى قَبُولِهَا . وَحُكْمُ الْمُدَبَّرَةِ ، وَالْمُعْتَقَةِ بِصِفَةِ ، وَأُمِّ الْوَلَدِ ، حُكْمُ الْأُمَةِ الْقِنْ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَتْ امْرَأَةً عَبْدَهَا ، بِشَرْطِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، عَتَقَتْ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَخْصُلُ بِهِ الْمِلْكُ لِلزَّوْجِ ، وَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ بِهِ ، فَإِذَا اشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ إِثْبَاتَ الْمِلْكِ لَهُ ، لَمْ يَلْزَمْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنْ تُمْلِكَهُ دَارًا . وَلَوْ أَرَادَ الْعَبْدُ تَزَوُّجَهَا ^(٢٥) لَمْ تُجَبَّرْ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَهَا ، فَلَا يُوجِبُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ شَرَطَ السَّيِّدُ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تَزَوَّجَهُ نَفْسَهَا ، لَمْ يَلْزَمْ ذَلِكَ .

فصل : وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْتِقَ الرَّجُلُ الْأُمَةَ ثُمَّ يَتَزَوَّجَهَا ، سَوَاءً أَعْتَقَهَا لَوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ أَعْتَقَهَا لِيَتَزَوَّجَهَا . وَكَرِهَ أَنَسُ تَزَوُّجَ ^(٢٦) مَنْ أَعْتَقَهَا اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ الْأَثَرُمُ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : رَوَى شُعْبَةُ ، عَنْ قَتَادَةَ ، عَنْ أَنَسٍ ، أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يُعْتِقَ الْأُمَةَ ، ثُمَّ يَتَزَوَّجَهَا ^(٢٧) ؟ فَقَالَ : نَعَمْ ، ذَاكَ ^(٢٨) إِذَا أَعْتَقَهَا اللَّهُ ، كَرِهَ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو مُوسَى ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ ، فَعَلَّمَهَا ، وَأَحْسَنَ إِلَيْهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا ، وَتَزَوَّجَهَا ، فَذَلِكَ لَهُ أَجْرَانِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٩) . وَلَأنَّهُ إِذَا

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « تَزْوِيغَهَا » .

(٢٦) فِي ب ، م : « تَزْوِيغَ » .

(٢٧) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ رَجُلٍ يَعْتِقُ أُمَّهُ لَهِ تَعَالَى ... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَصْنَفُ ٤ / ١٥٧ .

(٢٨) فِي م : « قَالَ » .

(٢٩) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٩٧ .

تَزَوَّجَهَا ، فَقَدْ أَحْسَنَ إِلَيْهَا بِإِعْفَائِهَا^(٣٠) وَصِيَّائِهَا ، فَلَمْ يُكْرَهْ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا غَيْرَهُ ، وَلَيْسَ فِي هَذَا رُجُوعٌ فِيمَا جُعِلَ لِلَّهِ تَعَالَى ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَتَزَوَّجُهَا بِصَدَاقِهَا ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ اشْتَرَى مِنْهَا شَيْئًا .

فصل : وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها ، لم يحتج إلى استبراء ، سواء كان يطؤها أو لم يكن يطؤها^(٣١) ؛ لأن الاستبراء لصيانة الماء ، ولا يُصَانُ ذَلِكَ عَنْهُ . فَإِنْ اشْتَرَى أَمَةً فَأَعْتَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَلَا يَزَوَّجَهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا ، فَلَا يَسْقُطُ بِإِعْتَاقِهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي الرَّجُلِ تَكُونُ لَهُ الْأَمَةُ^(٣٢) لَا يَطُوهَا فَيُعْتَقُهَا : لَا يَتَزَوَّجُهَا مِنْ يَوْمِهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا ، فَإِنْ كَانَ يَطُوهَا فَأَعْتَقَهَا ، تَزَوَّجَهَا مِنْ يَوْمِهِ ، وَمَتَى شَاءَ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَائِهِ . قَالَ الْقَاضِي : مَعْنَى قَوْلِهِ : إِنْ كَانَ يَطُوهَا . أَنْ يَحِلَّ لَهُ وَطُوهَا وَهِيَ الَّتِي قَدْ اسْتَبْرَأَهَا . وَقَوْلُهُ : إِنْ كَانَ لَا يَطُوهَا . أَيْ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُوهَا وَهِيَ الَّتِي لَمْ يَمْضِ عَلَيْهَا زَمَانُ الْاسْتِبْرَاءِ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ تَزَوُّجُهَا^(٣٣) حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا . وَإِذَا مَضَى لَهَا بَعْضُ الْاسْتِبْرَاءِ قَبْلَ عِتْقِهَا ، أَتَمَّتْهُ بَعْدَهُ ، وَلَا يَلْزُمُهَا اسْتِثْنَاءُ الْاسْتِبْرَاءِ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ وَجَبَ بِالشَّرَاءِ ، لَا بِالْعِتْقِ ، فَيُحْسَبُ ابْتِدَاؤُهُ مِنْ حِينَ وَجَدَ سَبَبَهُ^(٣٤) .

فصل : وإذا^(٣٥) قال : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ ، عَلَى أَنْ أَرْوِّجَكَ ابْنَتِي . فَأَعْتَقَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ أَنْ يَزَوَّجَ ابْنَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ سَلَفَ فِي نِكَاحِ^(٣٦) ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(٣٧) : لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ لَهُ فِي الْعِتْقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَرَادَ مِلْكَهُ عَنْ غَيْدِهِ

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « بِإِعْتَاقِهَا » .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « أَمَةٌ » .

(٣٣) فِي الْأَصْلِ : « تَزَوُّجُهَا » .

(٣٤) فِي الْأَصْلِ : « سَبَبٌ » .

(٣٥) فِي ١ ، م : « وَإِنْ » .

(٣٦) فِي م : « النِّكَاحُ » .

(٣٧) فِي م : « قَوْلُهُ » .

بِعَوَضٍ شَرَطَهُ، فَلَزِمَهُ عَوَضُهُ، كَالْوَقَالِ : أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي، وَعَلَى ثَمَنِهِ. وَكَالْوَقَالِ : طَلَّقَ زَوْجَتَكَ، وَعَلَى الْف. فَطَلَّقَهَا^(٣٨)، أَوْ قَالَ^(٣٩) : أَلْقَى مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ، وَعَلَى ثَمَنِهِ. وَهَذِهِ الْأَصُولُ يَبْطُلُ قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ لَا فَائِدَةَ لَهُ فِي الْعِتْقِ.

١١٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ الْحَاطِبُ لِلْوَلِيِّ : / أَرْوَّجْتُ . فَقَالَ : نَعَمْ . وَقَالَ لِلْمُتَزَوِّجِ^(١) : أَقْبِلْتُ . فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَدْ انْعَقَدَ النِّكَاحُ إِذَا كَانَ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ^(٢))

وقال الشافعي : لَا يَنْعَقِدُ حَتَّى يَقُولَ مَعَهُ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، وَيَقُولَ الزَّوْجُ : قَبِلْتُ هَذَا التَّزْوِيجَ ؛ لِأَنَّ هَذَيْنِ رُكْنَا الْعَقْدِ، فَلَا يَنْعَقِدُ بَدُونِهِمَا. وَلَنَا، أَنَّ نَعَمْ جَوَابُ لِقَوْلِهِ : أَرْوَّجْتُ وَقَبِلْتُ، وَالسُّؤَالُ يَكُونُ مُضْمَرًا فِي الْجَوَابِ مُعَادًا فِيهِ، فَيَكُونُ مَعْنَى نَعَمْ مِنَ الْوَلِيِّ : زَوَّجْتُهُ ابْنَتِي. وَمَعْنَى نَعَمْ مِنَ الْمُتَزَوِّجِ : قَبِلْتُ هَذَا التَّزْوِيجَ. وَلَا اخْتِمَالَ فِيهِ، فَيَجِبُ أَنْ يَنْعَقِدَ بِهِ، وَلِذَلِكَ لَمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ ﴾^(٣). كَانَ إِقْرَارًا مِنْهُمْ بِوُجْدَانِ ذَلِكَ أَنَّهُمْ وَجَدُوا مَا وَعَدَهُمْ رَبُّهُمْ حَقًّا. وَلَوْ قِيلَ لِرَجُلٍ : لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ. كَانَ إِقْرَارًا صَرِيحًا^(٤) لَا يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ، وَلَا يُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى تَفْسِيرِهِ، وَبِمِثْلِهِ تُقَطَّعُ الْيَدُ فِي السَّرِقَةِ، فَوَجَبَ أَنْ يَنْعَقِدَ بِهِ التَّزْوِيجُ، كَمَا لَوْ لَفَظَ بِذَلِكَ.

فصل : وَلَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي. فَقَالَ : قَبِلْتُ. انْعَقَدَ النِّكَاحُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَنْعَقِدُ حَتَّى يَقُولَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ، أَوْ هَذَا التَّزْوِيجَ،

(٣٨) سقط من : ب .

(٣٩) سقط من : الأصل ، ا .

(١) في م : الزَّوْجُ .

(٢-٣) في م : حضره شاهدان .

(٣) سورة الأعراف ٤٤ .

(٤) في ب ، م : صحيحا .

لأنه كناية في النكاح يفتقر إلى التية والإضمار ، فلم ينعقد به ، كلفظ الهبة والبيع . ولنا ، أن القبول صريح في الجواب ، فائتقد به ، كما ينعقد به البيع وسائر العقود . وقولهم : يفتقر إلى التية . ممنوع ؛ فإنه جواب فلا ينصرف إلا إلى المذكور .

فصل : وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج . والجواب عنهما إجماعاً ، وهما اللذان وردَ بهما نصُّ الكتاب في قوله سبحانه : ﴿ زَوْجَانِهَا ﴾ ^(٥) . وقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(٦) . وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا ، مثل أن يقول : زَوَّجْتُكَ بِنْتِي هذه ^(٧) . فيقول : قَبِلْتُ هذا النكاح ، أو هذا التزويج ^(٨) . ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وربيعة ، والشافعى . وقال الثورى ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود : ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك ^(٩) . وفي لفظ الإجارة عن أبى حنيفة روايتان . وقال مالك : ينعقد بذلك إذا ذَكَرَ المهر . واحتجوا بأن النبى ﷺ زَوَّجَ رجلاً امرأة ، فقال : « قَدْ مَلَكَتُهَا بِمَا مَلَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . رواه البخارى ^(١٠) . ولأنه لفظ ينعقد به تزويج / النبى ﷺ ، فائتقد به نكاح أمته ، كلفظ الإنكاح والتزويج ، ^(١١) ولأنه أمكن ^(١٢) تصحيحه بمجازه ، فوجب تصحيحه ، كإيقاع الطلاق بالكنايات . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَأَمْرًا مُؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ ^(١٣) . فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح ^(١٤) فلم ينعقد به النكاح ^(١٥) ، كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال ، ولأنه ليس بصريح في

٣٨/٧ و

(٥) سورة الأحزاب ٣٧ .

(٦) سورة النساء ٢٢ .

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٨) في ١ ، م : « الزوج » .

(٩) في ب : « واتملك » .

(١٠) تقدم تخريجه في : ٨ / ١٣٧ .

(١١-١٢) في ب : « ولأنها من » .

(١٢) سورة الأحزاب ٥٠ .

(١٣-١٤) سقط من : ١ ، م .

النِّكَاحُ ، فلا يَنْعَقِدُ به ، كالذى ذَكَرْنَا ؛ وهذا لِأَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطُ^(١٤) فِي النِّكَاحِ^(١٥) ،
وَالْكِنَايَةُ إِنَّمَا تُعْلَمُ^(١٦) بِالنِّيَّةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ الشَّهَادَةُ عَلَى النِّيَّةِ ، لَعَدَمِ اِطْلَاعِهِمْ عَلَيْهَا ،
فَيَجِبُ أَنْ لَا^(١٧) يَنْعَقِدَ ، وبهذا فَارَقَ بَقِيَّةَ الْعُقُودِ وَالطَّلَاقِ . وَأَمَّا الْخَبْرُ ، فَقَدْ رَوَى :
« زَوَّجْتُكَهَا » وَ « أَتَكَحْتُكَهَا » وَ « زَوَّجْنَاكَهَا » . مِنْ طَرِيقٍ صَحِيحَةٍ . وَالْقِصَّةُ
وَاحِدَةٌ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الرَّاَوِيَّ رَوَى بِالْمَعْنَى ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ مَعْنَاهَا^(١٨) وَاحِدٌ ، فَلَا تَكُونُ
حُجَّةً ، وَإِنْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ جَمَعَ بَيْنَ الْأَلْفَاظِ ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْعَقَدَ
بِأَحَدِهَا ، وَالْبَاقِي فَضْلَةٌ .

فصل : وَمَنْ قَدَّرَ عَلَى لَفْظِ النِّكَاحِ بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَمْ يَصِحَّ عَقْدُهُ^(١٩) بغيرها . وهذا أَحَدُ
قَوْلَيْ^(٢٠) الشَّافِعِيِّ . وَعِنْدَ أَيْ حَنِيفَةٍ : يَنْعَقِدُ ؛ لِأَنَّهُ أُنِيَ بِلَفْظِهِ الْخَاصِّ ، فَانْعَقَدَ بِهِ ، كَمَا
يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْعَرَبِيَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَدَلَ عَنْ لَفْظِ الْإِنْكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ مَعَ الْقُدْرَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ،
كَلَفْظِ الْإِحْلَالِ . فَأَمَّا مَنْ لَا يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ ، فَيَصِحُّ مِنْهُ عَقْدُ النِّكَاحِ بِلِسَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ
عَاجِزٌ عَمَّا سِوَاهُ ، فَسَقَطَ عَنْهُ كَالْأَخْرَسِ ، وَيَحْتَاجُ أَنْ يَأْتِيَ بِمَعْنَاهُمَا الْخَاصِّ ، بِحَيْثُ
يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى اللَّفْظِ الْعَرَبِيِّ . وَلَيْسَ عَلَى مَنْ لَا يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ تَعَلُّمُ الْأَفْظَانِ النِّكَاحِ بَهَا .
وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : عَلَيْهِ أَنْ يَتَعَلَّمَ ؛ لِأَنَّ^(٢١) مَا كَانَتْ الْعَرَبِيَّةُ شَرْطًا فِيهِ ، لَزِمَهُ أَنْ يَتَعَلَّمَهَا
مَعَ الْقُدْرَةِ ، كَالْتَّكْبِيرِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ النِّكَاحَ غَيْرُ وَاجِبٍ ، فَلَمْ يَجِبْ تَعَلُّمُ أَرْكَانِهِ
بِالْعَرَبِيَّةِ كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ التَّكْبِيرِ . فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْعَاقِلَيْنِ^(٢٢) يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ دُونَ

(١٤-١٥) فِي الْأَصْلِ : « لِلنِّكَاحِ » .

(١٥) فِي ١ ، ب : « تَعْمَلُ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « مَعْنَاهَا » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، ب : « أَقْوَالُ » .

(٢٠) فِي ١ ، م : « الْمُتَعَاقِلَيْنِ » .

الآخر ، أتى الذى يُحسِنُ العربيةَ بها ، والآخِرُ يأتى بِلِسَانِهِ . فإن كان أَحَدُهُمَا لَا يُحسِنُ لِسَانَ^(٢١) الآخر ، احتَاجَ أن يَعْلَمَ أَنَّ اللفظةَ التى أتى بها صَاحِبُهُ لَفْظَةُ الْإِنكِاحِ ، بأن يُخْبِرَهُ بذلك ثِقَةً يَعْرِفُ اللِّسَانَيْنِ جَمِيعًا .

فصل : فَأَمَّا الْآخَرَسُ فَإِنْ فَهِمَتْ إِشَارَتُهُ صَحَّ نِكَاحُهُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى لَا يُسْتَفَادُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ^(٢٢) ، فَصَحَّ / بِإِشَارَتِهِ ، كَبَيْعِهِ وَطَلَّاقِهِ وَلِعَانِهِ ، وَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، لَمْ يَصِحَّ مِنْهُ . كَمَا لَمْ يَصِحَّ غَيْرُهُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ بَيْنَ شَخْصَيْنِ ، فَلابدُّ مِنْ فَهْمِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَصْنُدُ عَنْ^(٢٣) صَاحِبِهِ . وَلَوْ فَهَمَ ذَلِكَ صَاحِبُهُ الْعَاقِدُ مَعَهُ ، لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يَفْهَمْ الشَّهُودُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطٌ ، وَلَا يَصِحُّ عَلَى مَا لَا يُفْهَمُ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا يَزُوجُهُ وَلِيُّهُ . يَعْنَى إِذَا كَانَ بِالْعَلَا ؛ لِأَنَّ الْخَرَسَ لَا يُوجِبُ الْحَجَرَ ، فَهُوَ كَالصَّمِّ .

فصل : إِذَا تَقَدَّمَ الْقَبُولُ عَلَى الْإِيجَابِ . لَمْ يَصِحَّ . رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، سِوَاءَ كَانَ بَلْفِظَ الْمَاضِي ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : تَزَوَّجْتُ ابْنَتَكَ . يَقُولُ : زَوَّجْتُكَ . أَوْ بَلْفِظَ الطَّلَبِ ، كَقَوْلِهِ : زَوَّجْنِي ابْنَتَكَ . يَقُولُ : زَوَّجْتُكَهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : يَصِحُّ فِيهِمَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجَدَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ، فَيَصِحُّ^(٢٤) كَمَا لَوْ تَقَدَّمَ الْإِيجَابُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَبُولَ إِنَّمَا يَكُونُ لِلْإِيجَابِ ، فَمَتَى وَجَدَ قَبْلَهُ لَمْ يَكُنْ قَبُولًا ؛ لَعَدَمَ مَعْنَاهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ تَقَدَّمَ بَلْفِظَ الاسْتِفْهَامِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَأَخَّرَ عَنِ الْإِيجَابِ بَلْفِظَ الطَّلَبِ ، لَمْ يَصِحَّ ، فَإِذَا تَقَدَّمَ كَانَ أَوْلَى ، كَصَبِيغَةِ الاسْتِفْهَامِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَتَى بِالصَّبِيغَةِ الْمَشْرُوعَةِ مُتَقَدِّمَةً ، فَقَالَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . فَقَالَ الْوَلِيُّ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي . لَمْ يَصِحَّ ، فَلِأَنَّ لَا

(٢١) فى ب : « كلام » .

(٢٢) فى م : « جهة واحدة » .

(٢٣) فى م : « من » .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « فصح » .

يَصِحُّ إِذَا أُنِيَ بِغَيْرِهَا أَوْلَى . وَأَمَّا الْبَيْعُ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ صِبْغَةُ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولُ ، بَلْ يَصِحُّ بِالْمُعَاطَاةِ ، وَلَئِنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ فِيهِ لَفْظٌ ، ^(٢٥) بَلْ يَصِحُّ ^(٢٥) بِأَيِّ لَفْظٍ كَانَ مِمَّا يُؤَدِّي الْمَعْنَى ، وَلَا يَلْزَمُ الْخُلْعُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ عَلَى الشَّرْطِ .

فصل : إِذَا عَقِدَ النِّكَاحَ هَارِلاً أَوْ ثَلَجْتَهُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « ثَلَاثٌ هَزَلُهُنَّ جِدٌّ ، وَجِدُّهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالرَّجْعَةُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٦) . وَعَنِ الْحَسَنِ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ نَكَحَ لَاعِبًا ، أَوْ طَلَّقَ لَاعِبًا ، أَوْ أَعْتَقَ لَاعِبًا ، جَارَ » ^(٢٧) . وَقَالَ ^(٢٨) عُمَرُ : أَرْبَعُ جَائِزَاتٍ إِذَا تَكَلَّمَ بِهِنَّ ؛ الطَّلَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالْعَتَاقُ ، وَالتَّنْذَرُ . وَقَالَ عَلِيٌّ : أَرْبَعٌ لَا لَعِبَ فِيْهِنَّ ؛ الطَّلَاقُ ، وَالْعَتَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالتَّنْذَرُ .

فصل : إِذَا تَرَخَى الْقَبُولُ عَنِ الْإِيجَابِ ، صَحَّ ، مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ ، وَلَمْ يَتَشَاغَلَا عَنْهُ بِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْمَجْلِسِ حَكْمُ حَالَةِ الْعَقْدِ ، بِدَلِيلِ الْقَبْضِ فِيمَا يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِيهِ ، وَثُبُوتِ الْخِيَارِ فِي عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ . فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَ الْإِيجَابُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُوجَدُ مَعْنَاهُ ، فَإِنَّ الْإِعْرَاضَ قَدْ وَجَدَ مِنْ جِهَتِهِ بِالتَّفَرُّقِ ، فَلَا يَكُونُ قَبُولًا . وَكَذَلِكَ إِنْ تَشَاغَلَا عَنْهُ ^(٢٩) بِمَا يَقْطَعُهُ ^(٣٠) ؛ لِأَنَّهُ مُعْرِضٌ عَنِ الْعَقْدِ أَيْضًا بِالْإِشْتِغَالِ عَنْ

٣٩/٧ و

(٢٥-٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) في : باب ما جاء في الجِدِّ والهزل في الطلاق ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحمدي ٥ / ١٥٦ ، ١٥٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الطلاق على الهزل ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٠٧ . وابن

ماجه ، في : باب من طلق أو أنكح أو راجع لاعبا ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٨ .

(٢٧) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب ما يجوز من اللعب في النكاح والطلاق ، من كتاب النكاح . المصنف

١٣٥ / ٦ .

(٢٨) في م : قال .

(٢٨) أخرجه البيهقي ، في : باب صريح ألفاظ الطلاق ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٤١ .

وسعيد بن منصور ، في : باب الطلاق لا رجوع فيه ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٧١ .

(٢٩) سقط من : ب .

(٣٠) في الأصل : قطعه .

قَبُولِهِ . وقد نقل أبو طالب ، عن أحمد ، في رَجُلٍ مَشَى إِلَيْهِ قَوْمٌ فَقَالُوا لَهُ : زَوْجُ فُلَانًا . قال : قد زَوَّجْتُهُ عَلَى الْإِثْمِ . فَرَجَعُوا إِلَى الزَّوْجِ فَأَخْبَرُوهُ ، فقال : قد قَبِلْتُ . هل يكون هذا نِكَاحًا ؟ قال : نعم . قال القاضي : هذا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ وَكَّلَ مِنْ قَبْلِ الْعَقْدِ فِي الْمَجْلِسِ . وقال أبو بكر : مسألة أُمِّي طَالِبٍ تَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ . واختار أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْقَبُولِ فِي الْمَجْلِسِ ، وهو الصحيح إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِنْ أُوجِبَ النِّكَاحُ ، ثُمَّ زَالَ عَقْلُهُ بِجُنُونٍ أَوْ إَغْمَاءٍ ، بَطَلَ حُكْمُ الْإِيجَابِ ، وَلَمْ يَنْعَقِدْ بِالْقَبُولِ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ ^(٣١) مَا لَمْ يُضَامَمْ الْقَبُولُ لَمْ يَكُنْ عَقْدًا ، فَبَطَلَ بَزْوَالِ الْعَقْلِ ، كَالْعُقُودِ الْجَائِزَةِ ^(٣٢) تَبْطُلُ بِالمَوْتِ وَالْجُنُونِ . وهذا مذهبُ الشافعي . وَإِنْ زَالَ عَقْلُهُ بَنَوْمٍ ، لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ الْإِيجَابِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْعُقُودُ الْجَائِزَةُ ، فَكَذَلِكَ هَذَا .

فصل : وَلَا يَثْبُتُ فِي النِّكَاحِ خِيَارٌ ، وَسِوَاءُ فِي ذَلِكَ خِيَارُ الْمَجْلِسِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ فِي ^(٣٣) هَذَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَاجَةَ غَيْرُ دَاعِيَةٍ إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ فِي الْغَالِبِ إِلَّا بَعْدَ تَرَوُّ ، وَفِكْرٍ ، وَمَسْأَلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَنْ صَاحِبِهِ ، وَالْمَعْرِفَةِ بِحَالِهِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْوَاقِعِ فِي الْأَسْوَاقِ مِنْ غَيْرِ فِكْرٍ وَلَا رَوِيَّةٍ ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ مُحَضَّةٍ ، وَلِهَذَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعِلْمُ بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِرُويَّةٍ وَلَا صِفَةٍ ، وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةِ الْعَوْضِ ، وَمَعَ فَسَادِهِ ، وَلِأَنَّ ثُبُوتَ الْخِيَارِ فِيهِ ^(٣٢) يُفْضِي إِلَى فَسْخِهِ بَعْدَ ابْتِدَالِ الْمَرْأَةِ ، فَإِنْ فِي فَسْخِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ ضَرَرًا بِالْمَرْأَةِ ، وَلِذَلِكَ أُوجِبَ الطَّلَاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ نِصْفَ الصَّدَاقِ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَخْطُبَ الْعَاقِدُ أَوْ غَيْرُهُ قَبْلَ التَّوَجُّبِ ، ثُمَّ يَكُونُ الْعَقْدُ بَعْدَهُ ؛

(٣١) سقط من : ١ ، م .

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) سقط من : الأصل .

لقول النبي ﷺ: «كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَا يَتَدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدِ لِلَّهِ، فَهُوَ أَقْطَعُ»^(٣٤). وقال: «كُلُّ خُطْبَةٍ لَيْسَ فِيهَا شَهَادَةٌ، فَهِيَ كَالْيَدِ الْجَذْمَاءِ»^(٣٥). رواهما ابنُ المُنْذِرِ .
وَيُجْزَى مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَحْمَدَ اللَّهُ تَعَالَى، وَيَتَشَهَّدَ، وَيُصَلِّيَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ .
وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَخْطُبَ بِخُطْبَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ الَّتِي قَالَ: عَلَّمَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ
التَّشَهُدَ فِي الصَّلَاةِ، وَالتَّشَهُدَ فِي الْحَاجَةِ، قَالَ: التَّشَهُدُ فِي الْحَاجَةِ: أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ،
نَحْمَدُهُ، وَنُسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، / وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ
لَهُ، وَمَنْ يَضِلِّهِ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ،^(٣٦) وَأَشْهَدُ أَنَّ^(٣٦) مُحَمَّدًا عَبْدُهُ
وَرَسُولُهُ، وَيَقْرَأُ ثَلَاثَ آيَاتٍ: ﴿ أَتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ
مُسْلِمُونَ ﴾^(٣٧). و: ﴿ أَتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ
رَقِيبًا ﴾^(٣٨). و: ﴿ أَتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا * يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ ﴾^(٣٩) الْآيَةَ.
رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٤٠). وقال: حَدِيثٌ حَسَنٌ. قَالَ الْخَلَّالُ: حَدَّثَنَا

ظ ٣٩/٧

(٣٤) أخرجه أبو داود، في: باب الهدى في الكلام، من كتاب الأدب. سنن أبي داود ٢ / ٥٦٠. وابن ماجه،
في: باب خطبة النكاح، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١ / ٦١٠. والإمام أحمد، في: المسند ٢ / ٣٥٩.
(٣٥) أخرجه أبو داود، في: باب في الخطبة، من كتاب الأدب. سنن أبي داود ٢ / ٥٦٠. والترمذي، في: باب
ما جاء في خطبة النكاح، من أبواب النكاح. عارضة الأحمدي ٥ / ٢٢. والإمام أحمد، في: المسند ٢ / ٣٠٢،
٣٤٣.

(٣٦-٣٦) في ١، م: «وَأَنْ».

(٣٧) سورة آل عمران ١٠٢.

(٣٨) سورة النساء ١.

(٣٩) سورة الأحزاب ٧٠، ٧١.

(٤٠) خطبة التشهد في الصلاة، تقدم تخريجها في: ٢ / ٢٢١. وخطبة الحاجة أخرجه أبو داود، في: باب في
خطبة النكاح، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ١ / ٤٨٩. والنسائي، في: باب كيفية الخطبة، من كتاب
الجمعة، المجتبى ٣ / ٨٥، ٨٦. وابن ماجه، في: باب خطبة النكاح، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه
١ / ٦٠٩. والدارمي، في: باب في خطبة الحاجة، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ٢ / ١٤٢. والإمام أحمد،
في: المسند ١ / ٣٩٢، ٣٩٣، ٤٣٢.

أبو سليمان^(٤١) إمام طرسوس ، قال : كان الإمام^(٤٢) أحمد ابن حنبل ، إذا حضر عقد^(٤٣) نكاح ، فلم يُخطب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود ، قام وترَكهم . وهذا كان من أبي عبد الله^(٤٤) على طريق^(٤٥) المبالغة في استنجابها ، لا على الإيجاب لها^(٤٦) ؛ فإن حَرَب بن إسماعيل قال : قلت لأحمد : فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود ؟ فوسّع في ذلك . وقد روى عن ابن^(٤٧) عمر ، أنه كان إذا دُعِيَ ليزوج ، قال : لا تفضضوا^(٤٨) علينا الناس ، الحمد لله ، وصلى الله على محمد ، إن فلانا يخطب إليكم ، فإن أنكحتموه فالحمد لله ، وإن ردّذتموه فسيحان الله^(٤٩) . والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي ، أو الزوج ، أو غيرها . وقال الشافعي : المسنون خطبتان ، هذه التي ذكرناها في أوّله ، وخطبة من الزوج قبل قبوله^(٥٠) . والمنقول عن النبي ﷺ ، وعن السلف ، خطبة واحدة ، وهو أوّل ما أتبع .

فصل : والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم عليناه ، إلا داود ، فإنه أوجبها ؛ لما ذكرناه . ولنا ، أن رجلاً قال للنبي ﷺ : يا رسول الله ، زوجنيها . فقال رسول الله ﷺ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٥١) . ولم يذكر

(٤١) لعله أبو سليمان داود بن عمرو بن زهير الضبي ، توفي ببغداد سنة ثمان وعشرين ومائتين . طبقات الحنابلة ١٥٥ / ١ .

(٤٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٣) في الأصل : « عقدة » .

(٤٤-٤٥) في م : « من » .

(٤٥) سقط من : م .

(٤٦) في الأصل : « تعضنوا » . وفي ا ، ب ، م : « تعصفوا » . والمثبت من السنن الكبرى . أي : لا تفرقوا جمعهم .

(٤٧) أخرجه البيهقي ، في : باب كيف الخطبة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨١ .

(٤٨) في الأصل : « قوله » . وفي ب : « القول » .

(٤٩) تقدم تخريجه في : ٨ / ١٣٧ .

خطبة . وخطب إلى ابن^(٥٠) عمر مولاة له ، فما زاد على أن قال : قد^(٥١) أنكحناك على ما أمر الله ، على إمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان^(٥٢) . وقال جعفر بن محمد ، عن أبيه ، إن كان الحسین يُزوّج بعض بنات الحسن ، وهو يتعرّق العرق^(٥٣) . رواهما ابن المنذر . وروى أبو داود^(٥٤) ، بإسناده عن رجل من بنى سليم ، قال : خطبت إلى رسول الله ﷺ أمانة بنت عبد المطلب ، فأنكحني من غير أن يتشهد . ولأنه عقد معاوضة ، فلم تجب فيه الخطبة كالبيع ، وما استدّلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة ، لا على الوجوب .

فصل : ويستحب إعلان النكاح ، والضرب فيه بالدف . / قال أحمد : يستحب أن يظهر النكاح ، ويضرب فيه بالدف ، حتى يشتهر ويعرف . وقيل له : ما الدف ؟ قال : هذا الدف . قال : لا بأس بالعزل في العرس بمثل قول النبي ﷺ للأنصار : «أثيناكم أثيناكم ، فحيونا نحياكم ، ولولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم ، ولولا الحبة^(٥٥) السوداء ما سرت عذاريتكم»^(٥٦) . لا على ما يصنع الناس اليوم . ومن غير هذا الوجه :

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٥٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب القول عند النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٨٨ ، ١٨٩ . وابن أبي شيبه ، في : باب في الرجل يزوج أباشرط إمساكاً بمعروف ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٣ . وسعيد بن منصور ، في : باب الشرط عند عقد النكاح . السنن ١ / ١٨٦ ، ١٨٧ . والبيهقي ، في : باب ما يستحب للولي من الخطبة والكلام ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٧ .

(٥٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب القول عند النكاح ، من كتاب النكاح ٦ / ١٨٨ . وابن أبي شيبه ، في : باب ما قالوا في خطب النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٨١ .

(٥٤) في : باب في خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٩ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من لم يزد على عقد النكاح ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٧ . (٥٥) في م : : الخطبة .

(٥٦) أخرجه البخاري ، في : باب النسوة اللاتي يهدين المرأة إلى زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٢٨ . مختصراً . وابن ماجه ، في : باب الغناء والدف ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٣ . ولحاكم ، في : باب الأمر بإعلان النكاح ، من كتاب النكاح . المستدرک ٢ / ١٨٣ ، ١٨٤ . والبيهقي ، في : باب ما يستحب من إظهار النكاح ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٨٨ ، ٢٨٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٩١ .

« وَلَوْلَا الْحِنْطَةُ الْحَمْرَاءُ ، مَا سَمِنَتْ عَذَائِرُكُمْ » . وقال أحمد أيضا : يُسْتَحَبُّ ضَرْبُ الدُّفِّ ، والصَّوْتُ^(٥٧) في الإِمْلَاكِ . فقل له : ما الصَّوْتُ ؟ قال : يُتَكَلَّمُ وَيُتَحَدَّثُ وَيُظْهَرُ . والأصل في هذا ما رَوَى محمد بن حاطب ، قال : قال رسول الله ﷺ : « فَصَلُّ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ ، الصَّوْتُ والدُّفُّ في النِّكَاحِ » . رواه النسائي^(٥٨) . وقال عليه السلام : « أُعْلِنُوا النِّكَاحَ » وفي لفظ : « أَظْهِرُوا النِّكَاحَ » . وكان يُحِبُّ^(٥٩) أَنْ يُضْرَبَ عَلَيْهِ^(٦٠) بالدُّفِّ ، وفي لفظ : « وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْغُرْبَالِ »^(٦١) . وعن عائشة ، أَنَّهَا زُوِّجَتْ يَتِيمَةً رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ ، وكانت عائشة في مَنْ أَهْدَاهَا إِلَى زَوْجِهَا ، قالت : فلما رَجَعْنَا قَالَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَا قُلْتُمْ يَا عَائِشَةُ ؟ » . قالت : سَلَّمْنَا ، وَدَعَوْنَا بِالْبَرَكَةِ ، ثُمَّ انْصَرَفْنَا . فقال : « إِنَّ الْأَنْصَارَ قَوْمٌ فِيهِمْ غَزَلٌ ، أَلَا قُلْتُمْ يَا عَائِشَةُ : أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ ، فَحَيَّانَا وَحَيَّاكُمْ »^(٦٢) . رَوَى هَذَا كُلُّهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابن ماجه ، في « سُنَنِهِ » . وقال أحمد ، رَجِمَهُ اللَّهُ : لَا بَأْسَ بالدُّفِّ فِي الْعُرْسِ وَالْخَتَانِ ، وَأَكْرَهَ الطَّبْلَ ، وَهُوَ الْمُتَكَرِّرُ ، وَهُوَ الْكُوبَةُ ، الَّتِي نَهَى^(٦٣) عَنْهَا^(٦٤) النَّبِيُّ ﷺ^(٦٥) .

(٥٧) في ب ، م : « والضرب » .

(٥٨) في : باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ١٠٤ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٧ . وابن ماجه ، في : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٤١٨ ، ٤ / ٢٥٩ .

(٥٩) في ا ، ب ، م : « يحب » .

(٦٠) في الأصل ، ا ، م : « عليها » .

(٦١) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٧ ، وابن ماجه ، في : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١١ . والبيهقي ، في : باب ما يستحب من إظهار النكاح ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٩٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٥ .

(٦٢) انظر تحريجه في صفحة ٤٦٧ .

(٦٣) في الأصل : « ينهى » .

(٦٤) سقط من : ا ، م .

(٦٥) أخرج حديث النبي عن الكوبة أبو داود ، في : باب النهي عن المسكر ، وباب في الأوعية ، من كتاب الأشربة . =

فصل : فإن عَقَدَهُ بَوْلِيٌّ وشَاهِدَيْنِ ، فَاسْرُّوه ، أو تَوَاصَوْا بِكَيْتْمَانِهِ ، كَرِهَ ذَلِكَ ، وَصَحَّ النِّكَاحُ . وبِهِ يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَمِمَّنْ كَرِهَ نِكَاحَ السَّرِّ عُمَرُ ^(٦٦) بْنِ الْخَطَّابِ ^(٦٦) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَعُرْوَةُ ، وَعُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَنَافِعُ مَوْلَى ابْنِ عُمَرَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ : النِّكَاحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ إِذَا تَزَوَّجَ بَوْلِيٌّ وشَاهِدَيْنِ : لَا ، حَتَّى يُعْلَنَ . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ^(٦٧) . وَالْحُجَّةُ لِهَمَا مَا تَقَدَّمَ فِي ^(٦٨) الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا . وَلَنَا ، / قَوْلُهُ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ » ^(٦٩) .

مَفْهُومُهُ انْعِقَادُهُ بِذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الْإِظْهَارُ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ إِظْهَارُهُ كَالْبَيْعِ ، وَأَخْبَارُ الْإِعْلَانِ يُرَادُّ بِهَا الْاسْتِحْبَابُ ، بِدَلِيلِ أَمْرِهِ فِيهَا بِالضَّرْبِ بِالْذُّفِّ وَالصَّوْتِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِوَاجِبٍ ، فَكَذَلِكَ مَا عُطِفَ عَلَيْهِ . وَقَوْلُ أَحْمَدَ : لَا . نَهَى كَرَاهَةً ، فَإِنَّهُ قَدْ صَرَخَ فِيمَا حَكَيْنَا عَنْهُ قَبْلَ هَذَا بِاسْتِحْبَابِ ^(٧٠) ذَلِكَ ^(٧١) ، وَلِأَنَّ إِعْلَانَ النِّكَاحِ وَالضَّرْبَ فِيهِ ^(٧٢) بِالْذُّفِّ ، إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْغَالِبِ بَعْدَ عَقْدِهِ ، وَلَوْ كَانَ شَرْطًا لَأَعْتَبِرَ حَالُ ^(٧٣) الْعَقْدِ ، كَسَائِرِ الشُّرُوطِ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكَاحِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ؛ لِأَنَّ جَمَاعَةً مِنَ السَّلَفِ اسْتَحَبُّوا ذَلِكَ ؛ مِنْهُمْ ضَمْرَةُ ^(٧٤) بْنُ حَبِيبٍ ، وَرَاشِدُ بْنُ سَعْدٍ ^(٧٥) ، وَحَبِيبُ بْنُ عُتْبَةَ ، وَلِأَنَّهُ يَوْمٌ

= سنن أبي داود ٢ / ٢٩٥ ، ٢٩٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٧٤ ، ٢٨٩ ، ٣٥٠ ، ٢ / ١٥٨ ، ١٦٥ ، ١٦٧ ، ١٧١ ، ١٧٢ .

(٦٦-٦٦) سقط من : أ ، م .

(٦٧) في ب : « لِمَالِك » .

(٦٨) في الأصل : « مِنْ » .

(٦٩) تقدم تحريجه في : ٥ / ٨٨ ، وفي صفحة ٣٤٥ .

(٧٠) في أ : « بِالْإِسْتِحْبَابِ » .

(٧١) سقط من : أ ، ب .

(٧٢) في ب : « عَلَيْهِ » .

(٧٣) في أ ، ب ، م : « حَالُهُ » .

(٧٤) في م : « سَمْرَةُ » تحريف .

(٧٥) في الأصل ، أ ، م : « سَعِيد » . وتقدم في صفحة ٢٢١ .

شَرِيف ، ويومُ عيد ، وفيه^(٧٦) خَلَقَ اللهُ آدَمَ عليه السلام . ^(٧٧)وَالْمَسَابِهِ^(٧٧) أُولَى .
فَإِنَّ^(٧٨) أَبَا حَفْصٍ رَوَى بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللهِ
ﷺ : « مَسُوبًا بِالْأَمْلَاقِ ، فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ »^(٧٩) . وَلَئِنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى مَقْصُودِهِ ، وَأَقْلُّ
لِلإِنْتِظَارِهِ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَالَ لِلْمُتَزَوِّجِ : بَارَكَ اللهُ لَكَ ، وَبَارَكَ عَلَيْكَ ، وَجَمَعَ بَيْنَكُمَا
فِي خَيْرٍ وَعَافِيَةٍ . وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَثَرَ صُفْرَةٍ ، فَقَالَ : « مَا
هَذَا ؟ » . فَقَالَ : إِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً^(٨٠) عَلَى وَزْنِ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ . قَالَ : « بَارَكَ اللهُ
لَكَ ، أَوْلِمَ وَلَوْ بِشَاةٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٨١) . قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ : وَزْنُ النَوَاةِ خَمْسَةُ
دَرَاهِمٍ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ مِثْقَالٍ وَنِصْفٍ مِنَ الذَّهَبِ . وَقَالَ الْمُبَرِّدُ : الصَّوَابُ عِنْدَ أَهْلِ
الْعَرَبِيَّةِ^(٨٢) أَنْ يُقَالَ : عَلَى نَوَاةٍ . فَحَسَبُ ؛ فَإِنَّ النَوَاةَ عِنْدَهُمْ اسْمٌ لِحَمْسَةٍ^(٨٣) دَرَاهِمٍ ،
كَأَنَّ الْأَوْقِيَّةَ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَالنَّشَّ عِشْرُونَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَقُولَ إِذَا زُفَّتْ إِلَيْهِ ، مَا رَوَى صَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، فِي

(٧٦) في م : « فيه » .

(٧٧-٧٨) في الأصل : « والمسابة » . وفي ا ، ب ، م : « والمسابة » . وهو يعنى : « والمسابة به » .

(٧٨) في م : « بأن » .

(٧٩) لم نجده . وانظر : إرواء الغليل ٦ / ٢٢١ .

(٨٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨١) أخرجه البخارى ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَأَتَوَاتَى النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نَحْلَةً ... ﴾ ، وباب الصفرة
للمتزوج ... ، وباب كيف يدعى للمتزوج ، من كتاب النكاح ، وفي : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب
الدعوات . صحيح البخارى ٧ / ٢٥ ، ٢٧ ، ١٠٢ . ومسلم ، في : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم
جديد ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٢ ، ١٠٤٣ .

كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في الوليمة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢ ، ٣ . وابن
ماجه ، في : باب الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٥ . والدارمى ، في : باب في الوليمة ، من
كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٣ .

(٨٢) في م : « العلم بالعربية » .

(٨٣) في م : « خمسة » .

« مَسَائِلُهُ » ^(٨٤) ، عَنْ أَبِيهِ ، حَدَّثَنَا دَاوُدُ عَنْ أَبِي نَضْرَةَ ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ مَوْلَى أَبِي أُسَيْدٍ ، قَالَ : تَزَوَّجَ ^(٨٥) ، فَحَضَرَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، وَأَبُو ذَرٍّ ، وَحُدَيْفَةُ ، وَغَيْرُهُمْ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَحَضَرَتِ الصَّلَاةُ ، فَقَدَّمُوهُ وَهُوَ مَمْلُوكٌ ، فَصَلَّى بِهِمْ ، ثُمَّ قَالُوا لَهُ : إِذَا دَخَلْتَ عَلَى أَهْلِكَ فَصَلِّ رَكْعَتَيْنِ ، ثُمَّ خُذْ بِرَأْسِ أَهْلِكَ ، فَقُلْ : اللَّهُمَّ بَارِكْ لِي فِي أَهْلِي ، وَبَارِكْ لِأَهْلِي فِيَّ ، وَارْزُقْهُمْ مِنِّي ، وَارْزُقْنِي مِنْهُمْ . ثُمَّ شَأْنُكَ وَشَأْنُ أَهْلِكَ ^(٨٦) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٨٧) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً أَوْ اشْتَرَى ^(٨٨) خَادِمًا ، فَلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا وَخَيْرَ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ . وَإِذَا اشْتَرَى بَعِيرًا ، فَلْيَأْخُذْ بِذُرْوَةِ سَنَامِهِ ، وَلْيَقُلْ مِثْلَ ذَلِكَ » .

و ١/٧

١١٣٦ - مسألة : قال : (وَلَيْسَ لِلْخُرِّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ زَوَاجَاتٍ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ، وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُ مِنْهُمْ ^(١) ، إِلَّا شَيْئًا يُحْكِي عَنْ ^(٢) الْقَاسِمِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ^(٣) ، أَنَّهُ أَبَاحَ تَسْعًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَاتَّكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنْ

(٨٤) في م : « مسألة » .

(٨٥) أى أبو سعيد مولى أبي أسيد . وفي الزيادة : « سالم » . خطأ .

(٨٦) تقدم ترجمته في : ٣ / ٢٦ ، ٢٧ . ويضاف إليه : كما أخرجه عبد الرزاق أيضا ، في : باب ما يبذل الرجل الذي يدخل على أهله ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٩٢ .

(٨٧) في : باب في جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٢ / ٤٩٨ .
كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح ، وفي : باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٢ / ٧٥٧ .

(٨٨) في ١ ، ب ، م : « واشترى » .

(١) سقط من : م .

(٢) في م زيادة : « ابن » .

(٣) القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل الحسنى الرسى ، ولد سنة تسع وستين ومائة ، وينسب إليه القاسمية من الزيدية . تاريخ التراث العربى ١ / ٣ / ٣٢٨ .

النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴿٤﴾ . والواو للجمع ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ مات عن تسع . وهذا ليس بشيء لأنه حَرَقَ للإجماع ، وتركَّ للسُّنَّةِ ، فإنَّ رسولَ الله ﷺ قال لَعْبِلَانَ بنِ سَلَمَةَ ، حينَ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ : « أَمْسِكْ أَرْبَعًا ، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . وقال نُوْفَلُ ابنُ مُعَاوِيَةَ : أَسْلَمْتُ وَتَحْتِي خَمْسُ نِسْوَةٍ ، فقال لي ^(٥) النَّبِيُّ ﷺ : « فَارِقْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ » . رواهما الشافعيُّ ، في « مُسْنَدِهِ » ^(٦) . وإذا مُنِعَ من استِدَامَةِ زِيَادَةٍ على ^(٧) أَرْبَعٍ ، فَلَا يَتَدَاءُ أُولَى ، فَالآيَةُ أُريدَ بها التَّخْيِيرُ بين اثْنَتَيْنِ وَثَلَاثٍ وَأَرْبَعٍ ، كما قال : ﴿ أُولَى أَجْنَحَةٍ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ ^(٨) . ولم يُردْ أَنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ تِسْعَةَ أَجْنَحَةٍ ، ولو أراد ذلك لقال : تِسْعَةً . ولم يَكُنْ لِلتَّطْوِيلِ مَعْنَى ، ومن قال غيرَ هذا فقد جَهِلَ اللُّغَةَ العَرَبِيَّةَ . وَأَمَّا النَّبِيُّ ﷺ فَمَخْصُوصٌ بِذَلِكَ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَمَعَ بينَ أَرْبَعَةٍ عَشَرَ .

١١٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَجْمَعَ إِلَّا اثْنَتَيْنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على أَنَّ لِلْعَبْدِ أَنْ يَنْكِحَ اثْنَتَيْنِ ، وَاخْتَلَفُوا فِي إِبَاحَةِ الْأَرْبَعِ ، فَمَذْهَبُ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لَهُ ^(١) إِلَّا اثْنَتَانِ وَهُوَ ^(٢) قَوْلُ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَعَلِيُّ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ

(٤) سورة النساء ٣ .

(٥) سقط من : ١ ، م .

(٦) في : كتاب النكاح . ترتيب مسند الشافعي ٢ / ١٦ .

كما أخرج الأول الترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٦٠ ، ٦١ . وابن ماجه ، في : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٨ . والإمام مالك ، في : باب جامع الطلاق ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٨٦ . والإمام أحمد ، في المسند ٢ / ٤٤ .

وكما أخرج الثاني البيهقي ، في : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نساء ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨٤ .

(٧) في ١ ، م : « عن » .

(٨) سورة فاطر ١ .

(١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل ، م : « هذا » .

عَوْفٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَالتَّوْرِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَسَلَّمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَطَاوُسٌ ،
وَمُجَاهِدٌ ، وَالتَّزَهْرِيُّ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَدَاوُدُ : لَهُ نِكَاحُ أَرْبَعٍ ؛ لِعُمُومِ
الْآيَةِ ، وَلِأَنَّ هَذَا (٣) طَرِيقُهُ (٤) اللَّذَّةُ وَالشَّهْوَةُ ، فَسَاوَى الْعَبْدُ الْحُرَّ فِيهِ ، كَالْمَأْكُولِ . وَلَنَا ،
قَوْلُ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَمْ يُعْرِفْ لَهُمْ مُخَالَفَ فِي عَصْرِهِمْ ، فَكَانَ (٥) إِجْمَاعًا . وَقَدْ
رَوَى لَيْثُ بْنُ أَبِي سُلَيْمٍ ، عَنِ الْحَكَمِ بْنِ عُثَيْبَةَ (٦) ، قَالَ : أَجْمَعَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ / اللَّهُ
ﷺ ، عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَنْكِحُ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ (٧) . وَيُقَوَّى هَذَا مَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ،
بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، سَأَلَ النَّاسَ : كَمْ يَتَزَوَّجُ
الْعَبْدُ ؟ فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ : بَاثْنَتَيْنِ (٨) ، وَطَلَّاقَهُ بَاثْنَتَيْنِ (٩) . فَذَلَّ (٩) هَذَا عَلَى أَنَّ
ذَلِكَ كَانَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَغَيْرِهِمْ ، فَلَمْ يَنْكَرْ ، وَهَذَا يَخْصُ عُمُومَ الْآيَةِ ، عَلَى أَنَّ
فِيهَا مَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الْأَخْرَارِ ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (١٠) .
وَيُفَارِقُ النِّكَاحُ الْمَأْكُولَ ، فَإِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّفْضِيلِ (١١) . وَلِهَذَا فَارَقَ النَّبِيُّ ﷺ فِيهِ أُمَّتَهُ ،
وَلِأَنَّ فِيهِ مِلْكًا ، وَالْعَبْدُ يَنْقُصُ فِي الْمِلْكِ عَنِ الْحُرِّ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « هَذِهِ » .

(٤) فِي م : « طَرِيقَةٌ » .

(٥) فِي ب : « فَيَكُونُ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « عَقِبَةٌ » . وَتَقْدِمُ فِي : ٣ / ٤٤٩ .

(٧) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ نِكَاحِ الْعَبْدِ وَطَلَّاقِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . السَّنَنُ الْكِبَرِيُّ ٧ / ١٥٨ .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « ثَنْتَيْنِ » .

وَأَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . تَرْتِيبُ مُسْنَدِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ ٢ / ٥٧ . وَابْيَهَقِيُّ ،
فِي : بَابِ نِكَاحِ الْعَبْدِ وَطَلَّاقِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . السَّنَنُ الْكِبَرِيُّ ٧ / ١٥٨ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَيَدُلُّ » .

(١٠) سُورَةُ النِّسَاءِ ٣ .

(١١) لَعَلَّ الصَّوَابَ : « التَّفْضِيلُ » .

١١٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ أَنْ يَتَسَرَّى بِأَذْنِ سَيِّدِهِ)

هذا هو ^(١) المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة . وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ،
والشَّعْبِي ، والنَّخَعِي ، والزُّهْرِي ، ومالك ، والأوزاعي ^(٢) ، وأبي ثور . وكرة ذلك ابن
سيرين ، وحماد بن أبي سليمان ، والثوري ، وأصحاب الرأي . وللشافعي فيه ^(٣) قولان
مبينان على أن العبد هل يملك بتملك سيده أو لا ؟ وقال القاضي أبو يعلى : يجب أن
يكون في مذهب أحمد في تسري العبد وجهان ، مبينان على الروايتين في ثبوت الملك له
بتملك سيده . واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ، ولا يجوز له ^(٤) الوطء إلا
في نكاح أو ملك يمين ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ
فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ ^(٥) . ولنا ، قول ابن
عمر وابن عباس ، ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا . روى الأثرم ، بإسناده عن ابن
عمر ، أنه كان لا يرى بأسا أن يتسرى العبد ، ونحوه عن ابن عباس ^(٦) . ولأن العبد
يملك ^(٧) النكاح ، فملك التسري ، كالحُر . وقولهم : إن العبد لا يملك المال .
منوع ؛ فإن النبي ﷺ قال : « مَنِ اشْتَرَى عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ » ^(٨) . فجعل المال له ،
ولأنه آدمي ، فملك ^(٩) المال كالحُر ، وذلك لأنه بآدميته يتمهد لأهلية الملك ، إذ كان

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م نهادة : « والثوري » . ويأتي .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : أ ، ب ، م .

(٥) سورة المؤمنون ٦ ، ٧ .

(٦) ما رواه الأثرم عن ابن عمر وابن عباس ، رواه أيضا عبد الرزاق ، في : باب استمرار العبد ، من كتاب الطلاق .

المصنف ٧ / ٢١٤ ، ٢١٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في العبد يتسرى ، من رخص فيه ، من كتاب

النكاح . المصنف ٤ / ١٧٤ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تلد لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن

٢ / ٦٩ ، ٧٠ . والبيهقي ، في : باب استمرار العبد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٢ .

(٧) في الأصل ، نهادة : « في » .

(٨) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢١ .

(٩) في الأصل : « فملك » .

الله تعالى خَلَقَ الْأَمْوَالَ لِلْآدَمِيِّينَ ، لِيَسْتَعِينُوا بِهَا عَلَى الْقِيَامِ بِوُظَائِفِ التَّكَالِيفِ ، وَأَدَاءِ^(١٠) الْعِبَادَاتِ ، قَالَ اللهُ تَعَالَى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مِمَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾^(١١) . وَالْعَبْدُ دَاخِلٌ فِي الْعُمُومِ ، وَمِنْ أَهْلِ التَّكْلِيفِ وَالْعِبَادَاتِ ، فَيَكُونُ أَهْلًا لِلْمِلْكِ ، وَلِذَلِكَ مَلَكَ فِي التَّكَاجِ ، وَإِذَا ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْجَنِينِ ، مَعَ كَوْنِهِ نُطْفَةً لَا حَيَاةَ فِيهَا ، بِاعْتِبَارِ مَا لَهُ إِلَى الْآدَمِيَّةِ ، فَالْعَبْدُ الَّذِي هُوَ آدَمِيٌّ مُكَلَّفٌ أُولَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّسَرُّى إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَوْ مَلَكَهُ سَيِّدُهُ جَارِيَةً ، / لَمْ يُبَحِّحْ لَهُ وَطُوعُهَا حَتَّى يَأْذَنَ^(١٢) لَهُ فِيهِ^(١٣) ؛ لِأَنَّ مَلَكَهُ نَاقِصٌ ، وَلِسَيِّدِهِ نَزْعُهُ مِنْهُ مَتَى شَاءَ مِنْ غَيْرِ فَسَنَخِ عَقْدَ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . فَإِنْ أُذِنَ لَهُ فَقَالَ : تَسَرَّاهَا^(١٤) . أَوْ : أُذِنْتُ لَكَ فِي وَطُوعِهَا . أَوْ مَا دَلَّ عَلَيْهِ ، أُبَيِّحْ لَهُ ، وَمَا وَلَدَ لَهُ مِنَ التَّسَرُّى فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَلَكَهِ ؛ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ مَمْلُوكَةٌ لَهُ ، فَكَذَلِكَ وَلَكُهَا . وَإِنْ تَسَرَّى بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَالْوَلَدُ مِلْكٌ لِسَيِّدِهِ^(١٥) .

فصل : وَلَهُ التَّسَرُّى بِمَا شَاءَ ، إِذَا أُذِنَ لَهُ السَّيِّدُ فِي ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ مَنْ جَازَ لَهُ التَّسَرُّى ، جَازَ^(١٥) لَهُ بَغْيِرُ^(١٥) حَصْرِ كَالْحُرِّ . فَإِنْ أُذِنَ لَهُ وَأُطْلِقَ ، فَلَهُ^(١٦) التَّسَرُّى^(١٧) بِوَاحِدَةٍ ، وَكَذَلِكَ إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ ، لَمْ يَحْزَنْ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ . وَهَذَا قَالُوا أَصْحَابُ الرَّأْيِ .^(١٨) وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : إِذَا^(١٨) أُذِنَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ ، فَقَعَدَ عَلَى اثْنَتَيْنِ فِي عَقْدٍ ، جَازَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِذْنَ الْمُطْلَقَ يَتَنَاوَلُ أَقْلَ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ يَقِينًا ، وَمَا زَادَ

(١٠) فِي ب : « وَقَضَاء » .

(١١) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٩ .

(١٢-١٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٣) فِي م : « تَسَرَّيْهَا » .

(١٤) فِي ب ، م : « سَيِّدِهِ » .

(١٥-١٥) فِي م : « مِنْ غَيْرِ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٧) فِي م زِيَادَةٌ : « تَسَرَّى » .

(١٨-١٨) فِي م : « وَأَبُو ثَوْرٍ وَإِذَا » .

مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَيَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ ^(١٩) فِي طَلَاقِ امْرَأَتِهِ ^(٢٠) ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُطَلَّقَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ . وَلَئِنْ الزَّائِدَ عَلَى الْوَاحِدَةِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مُرَادٍ ، فَيَبْقَى عَلَى أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، كَمَا لَوْ شَكَّ هَلْ أُذِنَ لَهُ أَوْ لَا ؟ .

فصل : والمُكَاتَّبُ كَالْعَبْدِ الْقِنْ ، لَا يَتَزَوَّجُ وَلَا يَتَسَرَّى إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِثْلَافًا لِلْمَالِ الَّذِي فِي يَدَيْهِ ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْمُكَاتَّبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » ^(٢١) . وَأَمَّا الْمُعْتَقُ بَعْضُهُ ، فَإِذَا مَلَكَ بِجُزْئِهِ الْحُرَّ جَارِيَةً ، فَمِلْكُهُ تَامٌ ، وَلَهُ الْوَطْءُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ^(٢٢) . وَلَئِنْ مِلْكُهُ عَلَيْهَا تَامٌ ، لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِمَا شَاءَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَكَذَلِكَ الْوَطْءُ ، وَمَا فِيهِ مِنَ الرُّقِّ لَا يَمْنَعُهُ مِنْ اسْتِيفَاءِ مَا يَمْلِكُهُ ، كَمَا لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَيَأْكُلَ مَا مَلَكَهُ بِنَصْفِهِ الْحُرُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : حُكْمُهُ حَكْمُ الْقِنْ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ كَقَوْلِنَا . وَاحْتِجَّ مَنْ مَنَعَ ذَلِكَ بِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ بِنَصْفِهِ الْحُرَّ وَحْدَهُ ، وَلِذَلِكَ ^(٢٣) مَنَعْنَاهُ التَّزْوِيجَ حَتَّى يَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا حَقَّ لِسَيِّدِهِ فِيهَا ، وَلَا يَلْحَقُهُ ضَرَرٌ بِاسْتِمْتَاعِهِ مِنْهَا ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ إِذْنُهُ فِيهِ ^(٢٤) ، كَاسْتِخْدَامِهَا . وَأَمَّا التَّزْوِيجُ ، فَإِنَّهُ يَلْزُمُهُ ^(٢٥) بِهِ حُقُوقُ تَتَعَلَّقُ بِجُمْلَتِهِ ، فَاعْتَبِرَ رِضَى السَّيِّدِ ، لِيَكُونَ رَاضِيًا بِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِمِلْكِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّ الْحَقَّ لَهُ لَا عَلَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ لَهُ السَّيِّدُ ^(٢٦) فِيهِ جَازٌ ، إِلَّا عِنْدَ مَنْ مَنَعَ ^(٢٧) الْعَبْدَ التَّسَرَّى ، لِأَنَّهُ كَالْقِنْ فِي قَوْلِهِمْ .

(١٩) سقط من : ب .

(٢٠) في الأصل : « امرأة » .

(٢١) تقدم تخريجه في صفحتي ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٢٢) سورة النساء ٣ .

(٢٣) في ١ ، ب ، م : « وكذلك » .

(٢٤) في ١ ، م : « فيها » .

(٢٥) في الأصل : « يتعلق » .

(٢٦) في م : « سيده » .

(٢٧) في الأصل : « يمنع » .

فصل : نَقَلَ مُحَمَّدُ بْنُ مَاهَانَ / ، عَنْ أَحْمَدَ : لَا بَأْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَسَرَّى إِذَا أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ ، فَإِنْ رَجَعَ السَّيِّدُ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِذَا أُذِنَ لَهُ مَرَّةً وَتَسَرَّى . وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ هَانِيٍّ ، وَيَعْقُوبُ بْنُ بَخْتَانَ ، وَلَمْ أَرْ عَنْهُ خِلَافَ هَذَا ، فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ إِذَا تَسَرَّى بِإِذْنِ السَّيِّدِ ^(٢٨) لَمْ يَمْلِكِ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ بِهِ الْبُضْعَ ، فَلَمْ يَمْلِكْ سَيِّدُهُ فَسَخَّه ، قِيَاسًا عَلَى النِّكَاحِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالتَّسَرَّى هَهُنَا التَّزْوِيجَ ، وَسَمَّاهُ تَسَرِّيًّا مَجَازًا ، وَيَكُونُ لِلْسَّيِّدِ الرُّجُوعُ فِيمَا مَلَكَ عَبْدُهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ خِلَافُ هَذَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بُضْعًا أُبِيحَ لَهُ وَطْؤُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكِ رُجُوعَهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ رَوَّجَهُ . ^(٢٩) وَمَا ذَكَرَهُ فِي هَذَا الْفَصْلِ مُنَاقِضٌ لِمَا ذَكَرَ قَبْلَهُ فِي صَدْرِ الْمَسْأَلَةِ ، مِنْ قَوْلِهِ : وَلَسَيِّدُهُ تَرْعُهُ مِنْهُ مَتَى شَاءَ مِنْ غَيْرِ فَسْخٍ ^(٣٠) .

١١٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَتَى طَلَّقَ الْحُرُّ أَوْ الْعَبْدُ طَلَاقًا يَمْلِكُ ^(١) الرَّجْعَةَ أَوْ لَا يَمْلِكُهَا ^(٢)) ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ ^(٣) عِدَّتُهَا ، وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ أَرْبَعٍ ، لَمْ يَتَزَوَّجَ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ إِذَا طَلَّقَ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ (

وجملة ذلك أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، ^(٤) حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ، وَتُحَرِّمُ عَلَيْهِ أُخْتُهَا وَعَمَّتُهَا وَخَالَتُهَا وَبَنَتْ أُخْيَاهَا وَبَنَتْ أُخْتَهَا تُحْرِمُ جَمِيعَ ، وَكَذَلِكَ إِذَا ^(٥) تَزَوَّجَ الْحُرُّ أَرْبَعًا ، حُرِّمَتْ الْخَامِسَةُ تُحْرِمُ جَمِيعَ . وَإِنْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ اثْنَتَيْنِ ، حُرِّمَتِ الثَّلَاثَةُ

(٢٨) فِي ب : « سَيِّدُهُ » .

(٢٩-٢٩) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(١) فِي الزِّيَادَةِ : « فِيهِ » .

(٢) فِي أ ، ب ، م : « يَمْلِكُ » .

(٣) فِي ب : « تَنْقَضِي » .

(٤-٤) فِي الْأَصْلِ : « حَرَّمَ عَلَى » .

(٥) فِي م : « إِنْ » .

تَحْرِيمَ جَمْعٍ . فَإِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلَّاقًا رَجْعِيًّا ، فَالتَّحْرِيمُ بَاقٍ ^(٦) بِجَاِلِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ، وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا أَوْ فَسْخًا ، فَكَذَلِكَ عِنْدَ إِمَامِنَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَالتَّحْعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَعُرْوَةُ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : لَهُ نِكَاحُ جَمِيعِ مَنْ سَمَّيْنَا فِي تَحْرِيمِ الْجَمْعِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ؛ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا فِي النِّكَاحِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ . أَيْ نِكَاحَهُنَّ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ ^(٧) . مَعْطُوفًا عَلَيْهِ ، وَالبَّائِنُ لَيْسَتْ فِي نِكَاحِهِ ، وَلَئِنْهَا بَائِنٌ فَأُشْبِهَتْ الْمُطَلَّقةَ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَلَنَا ، قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَرَوَى عَنْ عُبَيْدَةَ السَّلْمَانِيِّ أَنَّهُ قَالَ : مَا أَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ عَلَى شَيْءٍ ، كَأَجْمَاعِهِمْ عَلَى أَرْبَعٍ قَبْلَ الظُّهْرِ ، وَأَنْ لَا تُنْكَحَ امْرَأَةٌ فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ كَانَ يَوْمًا بِاللَّهِ / وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعُ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ » ^(٨) . وَرَوَى عَنْ أَبِي الزُّنَادِ ، قَالَ : كَانَ لِلْوَلِيدِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً أَلْبَنَةً ، وَتَزَوَّجَ ^(٩) قَبْلَ أَنْ تَحِلَّ ، فَعَابَ ذَلِكَ عَلَيْهِ كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ ، وَلَيْسَ كُلُّهُمْ عَابَهُ ^(١٠) . قَالَ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ : إِذَا عَابَ عَلَيْهِ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، فَأُثِمَ شَيْءٌ بَقِيَ ! وَلَئِنْهَا مَخْبُوسَةٌ عَنِ النِّكَاحِ لِحَقِّهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ، وَلَئِنْهَا مُعْتَدَّةٌ فِي حَقِّهِ ، أَشْبِهَتْ الرَّجْعِيَّةَ ، وَفَارَقَ الْمُطَلَّقةَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ^(١١) .

و ٤٣/٧

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سورة النساء ٢٣ .

(٨) انظر تلخيص الحبير ، في : باب موانع النكاح ، من كتاب النكاح . التلخيص ١٦٦ / ٣ .

(٩) في الأصل : « زوج » .

(١٠) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب الحكم في امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ٤٠٠ / ١ .

(١١) في الأصل : « بهذا » .

فصل : ولو أسلم زَوْجُ الْمَجُوسِيَّةِ أوِ الْوَثْنِيَّةِ ، أوِ انْفَسَحَ النِّكَاحُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِخُلْعٍ أوِ رِضَاعٍ أوِ فَسْخٍ بَعِيْبٍ أوِ إغْسَارٍ أوِ غَيْرِهِ ، لم يَكُنْ لَهُ أن يَتَزَوَّجَ أَحَدًا مِمَّنْ يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَوْجَتِهِ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، ^(١٢) سِوَاءَ قُلْنَا بِتَعْجِيلِ الْفَرْقَةِ أوِ لم نُقَلِّ . وإنِ اسْلَمَتْ زَوْجَتُهُ ، فَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا فِي عِدَّتِهَا ^(١٣) ، ثمَّ اسْلَمَا فِي عِدَّةِ الْأُولَى ، اخْتَارَ مِنْهُمَا وَاحِدَةً ، كَالوَ تَزَوَّجَهُمَا مَعًا . وإنِ اسْلَمَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْأُولَى ، بَاءَتْ ، وَثَبَّتَ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ .

فصل : إِذَا اعْتَقَ أُمُّ وَلَدِهِ ^(١٤) ، أوِ أُمَةٌ كَانَ يُصَيِّبُهَا ، فَلَيْسَ لَهُ أن يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا حَتَّى يَنْقَضِيَ اسْتِبْرَاؤُهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ ^(١٥) ، وَلَا فِي عِدَّةٍ مِنْ نِكَاحٍ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجُزْ لَهُ نِكَاحُ أُخْتِهَا ، كَالْمُعْتَدَّةِ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ طَعْنٍ بِشَبْهَةٍ ، وَلَأنَّهُ لَا يَأْمَنُ أن يَكُونَ مَاوُهُ فِي رَحِمِهَا ، فَيَكُونُ دَاخِلًا فِي عُمُومِ مَنْ جَمَعَ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ ، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ نِكَاحِ أَرْبَعٍ سِوَاهَا . وَمَنْعَهُ زُفَرٌ . وَهُوَ غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ قَبْلَ إغْتَاقِهَا ، فَبَعْدَهُ أَوْلَى .

فصل : وَلَا يُمْنَعُ مِنْ نِكَاحِ أُمَةٍ فِي عِدَّةِ حُرَّةٍ بَائِنٍ . وَمَنْعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ ، كَمَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ أن يَتَزَوَّجَهَا فِي صُلْبِ نِكَاحِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَادِمٌ لِلطُّوْلِ ، خَائِفٌ لِلْعَنْتِ ، فَأُبَيِّحُ لَهُ نِكَاحُهَا ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا ﴾ ^(١٥) . الْآيَةُ . وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي صُلْبِ نِكَاحِ الْحُرَّةِ ، بَلْ يَجُوزُ إِذَا تَحَقَّقَ الشَّرْطَانِ .

فصل : وَإِنْ زَنَى بِأَمْرَأَةٍ ، فَلَيْسَ لَهُ أن يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا ^(١٦) حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، وَحُكْمُ الْعِدَّةِ مِنَ الزَّنَى وَالْعِدَّةِ مِنْ طَعْنِ الشَّبْهَةِ ، كَحُكْمِ الْعِدَّةِ مِنَ النِّكَاحِ . فَإِنْ زَنَى بِأُخْتِ أَمْرَأَتِهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : يُمْسِكُ عَنْ طَعْنِ أَمْرَأَتِهِ حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيضٍ . وَقَدْ

(١٢-١٣) سقط من : ب .

(١٣) في م : « الولد » .

(١٤) في م : « زوجة » .

(١٥) سورة النساء ٢٥ .

(١٦) في م : « بأختها » .

ذَكَرَ عَنْهُ فِي الْمَرْثِيِّ بِهَا أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ^(١٧) بِحَيْضَةٍ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي^(١٨) غَيْرِ نِكَاحٍ ، وَلَا أَحْكَامُهُ
 ٤٣/٧ ط أَحْكَامُ النِّكَاحِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَحْرُمُ بِذَلِكَ أُخْتُهَا ، وَلَا أَرْبَعٌ سِوَاهَا ؛ لِأَنَّهَا / لَيْسَتْ
 مَنكُوحَةً ، وَمُجَرَّدُ الْوَطْءِ لَا يَمْنَعُ ، بِدَلِيلِ الْوَطْءِ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ لَا يَمْنَعُ أَرْبَعًا سِوَاهَا .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّ امْرَأَتَهُ أَخْبَرَتْهُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فِي مُدَّةٍ يَجُوزُ انْقِضَاؤها
 فِيهَا ، وَكَذَّبَتْهُ ، أُبَيِّحَ لَهُ نِكَاحُ أُخْتِهَا وَأَرْبَعٍ سِوَاهَا فِي الظَّاهِرِ ، فَأَمَّا فِي الْبَاطِنِ ، فَمَنْبِيُّ^(١٩)
 عَلَى صِدْقِهِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي
 نَفْيِ نَفَقَتِهَا وَسُكْنَاهَا وَنَفْيِ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا وَلَوْلَدِهَا ، فَلَا يُقْبَلُ^(٢٠) قَوْلُهُ فِيهِ . وَبِهِ
 قَالَ الشَّافِعِيُّ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ زُفَرٌ : لَا يُصَدَّقُ فِي شَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ وَاحِدٌ ، لَا يُصَدَّقُ فِي
 بَعْضِ حُكْمِهِ ، فَلَا يُصَدَّقُ فِي الْبَعْضِ الْآخَرِ ، قِيَاسًا لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا
 يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ الْوَاحِدُ صِدْقًا كَذِبًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلٌ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقٍّ لِّغَيْرِهِ ،
 وَحَقًّا لَهُ لَا ضَرَرَ عَلَى غَيْرِهِ فِيهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُصَدَّقَ فِي أَحَدِهِمَا ذَوْنِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى
 عَبْدًا ، ثُمَّ أَقْرَأَ أَنَّ الْبَائِعَ كَانَ أَعْتَقَهُ ، صُدِّقَ فِي حُرِّيَّتِهِ ، وَلَمْ يُصَدَّقَ فِي الرُّجُوعِ بِثَمَنِهِ .
 وَكَذَلِكَ^(٢١) لَوْ أَقْرَأَ أَنَّ امْرَأَتَهُ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، صُدِّقَ فِي يَتِيمَوْنَتِهَا وَتَحْرِيمِهَا
 عَلَيْهِ ، وَلَمْ يُصَدَّقَ فِي سَقُوطِ مَهْرِهَا .

١١٤٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ خَطَبَ امْرَأَةً ، فَزَوَّجَ بِغَيْرِهَا ، لَمْ يَنْعَقِدِ
 النِّكَاحُ)

مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ يَخْطُبُ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِغَيْرِهَا ، فَيُجَابَبُ إِلَى ذَلِكَ ، ثُمَّ يُوجِبَ لَهُ النِّكَاحُ فِي

(١٧) فِي م : « تَسْتَبْرَأُ » .

(١٨) فِي م : « مِنْ » .

(١٩) فِي أ ، ب ، م : « فَيَنْبِي » .

(٢٠) فِي م : « فَيُقْبَلُ » .

(٢١) فِي م : « وَكَأَنَّ » .

غيرها ، وهو يَعْتَقِدُ أَنَّهَا الَّتِي خَطَبَهَا ، فَيَقْبَلُ ، فلا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ انْصَرَفَ إِلَى غَيْرِ مَنْ وَجَدَ الْإِيجَابُ فِيهِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو سَأَوَهُ بَثْوٍ وَأَوْجَبَ الْعَقْدَ فِي غَيْرِهِ بِغَيْرِ عِلْمِ الْمُشْتَرَى . فلو عَلِمَ الْحَالُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَرَضِيَ ، لم يَصِحَّ . قال أحمدُ ، في رَجُلٍ خَطَبَ جَارِيَةً ، فزَوَّجَهُ أُخْتَهَا ، ثم عَلِمَ بَعْدَ : يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، ويكونُ الصَّدَاقُ عَلَى وَلِيِّهَا ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ ، وَيُجَهِّزُ إِلَيْهِ أُخْتَهَا الَّتِي خَطَبَهَا بِالصَّدَاقِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، يُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ . وقوله : يُجَهِّزُ إِلَيْهِ أُخْتَهَا . يعنى — والله أعلم — بَعْقِدَ جَدِيدَ ، بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ هَذِهِ إِنْ كَانَ أَصَابَهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الَّذِي عَقَدَهُ لم يَصِحَّ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْإِيجَابَ صَدَرَ فِي إِحْدَاهُمَا ، وَالْقَبُولَ فِي الْأُخْرَى ^(١) ، فلم يَنْعَقِدْ فِي هَذِهِ وَلَا فِي تِلْكَ . فَإِنْ اتَّفَقُوا عَلَى تَجْدِيدِ عَقْدٍ فِي إِحْدَاهُمَا أُبَيِّنُهُمَا كَانَ ، جَازَ . وقال أحمدُ ، في رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَأَدْخَلَ عَلَيْهِ أُخْتَهَا : لَهَا الْمَهْرُ بِمَا أَصَابَ مِنْهَا ، وَلِأُخْتِهَا الْمَهْرُ . قيل : يَلْزَمُهُ مَهْرَانِ ؟ قال : نعم ، وَيَرْجِعُ عَلَى وَلِيِّهَا ، هَذِهِ مِثْلُ الَّتِي / بِهَا بَرَصٌ أَوْ جُذَامٌ ، عَلَى يَقُولِ : ليس عليه غَرَمٌ . وهذا ينبغي أَنْ يَكُونَ فِي امْرَأَةٍ جَاهِلَةٍ بِالْحَالِ ^(٢) أَوْ بِالتَّحْرِيمِ ، أَمَّا إِذَا عَلِمَتْ أَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً ، وَأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، وَأَمَكْنَتُهُ مِنْ نَفْسِهَا ، فلا يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ لَهَا صَدَاقٌ ؛ لِأَنَّهَا زَانِيَةٌ مُطَاوَعَةٌ ^(٣) . فَأَمَّا إِنْ جَهِلَتْ الْحَالُ ، فَلَهَا الْمَهْرُ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي رَجُلَيْنِ تَزَوَّجَا امْرَأَتَيْنِ ، فَرُفَّتْ كُلُّ امْرَأَةٍ إِلَى زَوْجِ الْأُخْرَى : لهُمَا الصَّدَاقُ ، وَيَعْتَزَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا امْرَأَتَهُ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ^(٤) . وبه قال النَّخَعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ .

فصل : مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ النِّكَاحِ تَعْيِينُ الزَّوْجَيْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ عَاقِدٍ وَمَعْقُودٍ عَلَيْهِ يَجِبُ تَعْيِينُهُمَا ، كَالْمُشْتَرَى وَالْمَبِيعِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ حَاضِرَةً ، فَقَالَ : زَوَّجْتُكَ

(١) في م : « أُخْرَى » .

(٢) في الأصل ، ب : « الْحَال » .

(٣) في م : « تَطَاوَعَهُ » .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب الاختلاف في مهرها ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧ / ٤٤١ . وعبد الرزاق ، في : باب نكاحها في عدتها ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٠٩ .

هذه . صَحَّ ، فَإِنَّ الإِشَارَةَ تَكْفِي فِي التَّعْيِينَ ، فَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ ، فَقَالَ : بِنْتِي هَذِهِ ، أَوْ هَذِهِ فَلَانَةَ . كَانَ تَأْكِيدًا ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً ، فَقَالَ : زَوْجَتُكَ بِنْتِي . وَلَيْسَ لَهُ سِوَاهَا ، جَاز . فَإِنْ سَمَّاهَا بِاسْمِهَا مَعَ ذَلِكَ ، كَانَ تَأْكِيدًا . فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَتَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، فَقَالَ : زَوْجَتُكَ ابْنَتِي . لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يَضُمَّ إِلَى ذَلِكَ مَا تَتَمَيَّزُ بِهِ ، مِنْ اسْمٍ أَوْ صِفَةٍ ، فَيَقُولُ : زَوْجَتُكَ ابْنَتِي الْكُبْرَى أَوْ الْوُسْطَى أَوْ الصَّغْرَى . فَإِنْ سَمَّاهَا مَعَ ذَلِكَ كَانَ تَأْكِيدًا . وَإِنْ قَالَ : زَوْجَتُكَ ابْنَتِي عَائِشَةَ ، أَوْ فَاطِمَةَ . صَحَّ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ اسْمُهَا فَاطِمَةُ ، فَقَالَ : زَوْجَتُكَ فَاطِمَةَ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْاسْمَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهَا وَبَيْنَ سَائِرِ الْفَوَاطِمِ ، حَتَّى يَقُولَ مَعَ ذَلِكَ : ابْنَتِي . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : يَصِحُّ إِذَا نَوَّيَاهَا جَمِيعًا . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ تُعْتَبَرُ فِيهِ الشَّهَادَةُ عَلَى وَجْهِ يُمَكِّنُ أَدَاؤَهَا إِذَا ثَبَتَ بِهِ الْعَقْدُ ، وَهَذَا مُتَعَدِّرٌ فِي النَّيَّةِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : زَوْجَتُكَ ابْنَتِي . وَلَهُ بَنَاتٌ ، لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يُمَيِّزَهَا بِلَفْظِهِ . وَإِنْ قَالَ : زَوْجَتُكَ فَاطِمَةَ ابْنَةَ فَلَانٍ . احتَاجَ أَنْ يَرْفَعَ فِي نَسَبِهَا حَتَّى يُلْغَ مَا تَتَمَيَّزُ بِهِ عَنِ النِّسَاءِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَتَانِ ، كُبْرَى اسْمُهَا عَائِشَةُ ، وَصَّغْرَى اسْمُهَا فَاطِمَةُ ، فَقَالَ : زَوْجَتُكَ ابْنَتِي عَائِشَةَ . وَقَبْلَ الزَّوْجِ ذَلِكَ ، وَهِيَ يَنْوِيَانِ الصَّغْرَى ، لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ أَبُو حَفْصٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ فِي الَّتِي نَوَّيَاهَا . وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لَوُجْهِينِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُمَا لَمْ يَتَلَفَّظَا بِمَا يَصِحُّ الْعَقْدُ بِالشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَالَ : زَوْجَتُكَ عَائِشَةَ . فَقَطْ . أَوْ مَا لَوْ قَالَ : زَوْجَتُكَ ابْنَتِي . وَلَمْ يُسَمَّهَا ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ / فِيمَا إِذَا لَمْ يُسَمَّهَا ، فَفِيمَا إِذَا سَمَّاهَا بِغَيْرِ اسْمِهَا أَوَّلَى أَنْ لَا يَصِحَّ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ حَتَّى تُذَكَّرَ الْمَرْأَةُ بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ ، فَإِنَّ اسْمَ أُخْتِهَا لَا يُمَيِّزُهَا ، بَلْ يَصْرِفُ الْعَقْدَ عَنْهَا . وَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ يَرِيدُ الْكُبْرَى ، وَالزَّوْجُ يَقْصِدُ الصَّغْرَى ، لَمْ يَصِحَّ ، كَمَسْأَلَةِ الْخَرْقِيِّ ، فِيمَا إِذَا خَطَبَ امْرَأَةً وَزَوْجٌ غَيْرُهَا ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ انْصَرَفَ إِلَى غَيْرِ مَنْ وَجَدَ الْإِيجَابَ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمْ ذَلِكَ مَا يَصْرِفُ الْقَبُولَ إِلَى الصَّغْرَى ، مِنْ خِطْبَةٍ وَنَحْوِهَا ، فَإِنَّ الْعَقْدَ بِلَفْظِهِ مُتَنَاوِلٌ لِلْكُبْرَى ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَصْرِفُهُ عَنْهَا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ نَوَّيَاهَا . وَلَوْ نَوَى الْوَلِيُّ الصَّغْرَى ، وَالزَّوْجُ الْكُبْرَى ، أَوْ نَوَى الْوَلِيُّ الْكُبْرَى ، وَلَمْ

٤٤٧ ظ

يُدْرِي الزَّوْجُ أَتَيْتَهَا هِيَ ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يَصِحُّ التَّزْوِيجُ ؛ لَعَدَمِ النَّيَّةِ مِنْهُمَا فِي التِّي يَتَنَاقُلُهُمَا لَفْظُهُمَا . وَعَلَى الْإِحْتِمَالِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، يَصِحُّ فِي الْمُعَيَّنَةِ بِاللَّفْظِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ ، فَقَالَ لِرَجُلٍ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي . وَسَمَّاها بغير اسمِها ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ابْنَتِي أَكَّدُ مِنَ التَّسْمِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَا مُشَارَكَةَ فِيهَا ، وَالاسْمُ مُشْتَرَكٌ . وَلَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ هَذِهِ . وَأَشَارَ إِلَيْهَا ، وَسَمَّاها بغير اسمِها ، يَجِبُ أَنْ يَصِحَّ عَلَى هَذَا التَّعْلِيلِ .

فصل : وَلَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ حَمَلَ هَذِهِ الْمَرْأَةِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ حَكْمُ الْبِنَاتِ قَبْلَ الظُّهُورِ ، فِي غَيْرِ الْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ أَنَّ فِي الْبَطْنِ بِنْتًا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ مَنْ فِي هَذِهِ الدَّارِ . وَهِيَ لَا يَعْلَمَانِ مَنْ^(٥) فِيهَا . وَلَوْ قَالَ : إِذَا وَلَدْتَ امْرَأَتِي بِنْتًا زَوَّجْتُكَهَا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقٌ لِلنِّكَاحِ عَلَى شَرْطٍ ، وَالنِّكَاحُ لَا يَتَعَلَّقُ^(٦) عَلَى شَرْطٍ^(٧) ، وَلِأَنَّ هَذَا مُجَرَّدٌ وَعَدٍ لَا يَتَعَقَّدُ بِهِ عَقْدٌ .

١١٤١ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا ، وَشَرَطَ لَهَا أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ دَارِهَا أَوْ بَلَدِهَا^(٨)) ، فَلَهَا شَرْطُهَا ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « أَحَقُّ مَا أُوفِيتُمْ بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ مَا اسْتَخْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » . وَإِنْ تَزَوَّجَهَا ، وَشَرَطَ لَهَا أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَلَهَا فِرَاقُهُ إِذَا^(٩) تَزَوَّجَ عَلَيْهَا)

وجملة ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة ؛ أحدها ، ما يلزم الوفاء به ، وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها ، أو لا يسافر بها ، أو لا يتزوج عليها ، ولا يتسرى عليها ، فهذا يلزمه الوفاء لها به ، فإن لم يفعل

(٥) في ١ ، ب ، م : « ما » .

(٦-٦) في الأصل : « بشرط » .

(١) في م : « وبلدها » .

(٢) في الأصل : « إن » .

فلها فسُخِ النكاح . يُروى هذا عن عمر بن الخطاب ، وسعيد بن أبي وقاص ، ومعاوية ، وعمر بن العاص ، رضي الله عنهم . وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والأوزاعي ، وإسحاق . وأبطل هذه الشروط الزهري ، وقتادة ، وهشام بن عروة ، ومالك ، والليث ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . قال أبو حنيفة ، والشافعي : ويفسد المهر دون العقد ، ولها مهر المثل . واحتجوا بقول النبي ﷺ : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ »^(٣) . وهذا ليس في كتاب الله ؛ لأنَّ الشرع لا يقتضيه . وقال النبي ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا ، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا »^(٤) . وهذا يحرم الحلال ، وهو التزويج والتسري والسفر ، ولأنَّ هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، ولم يَنْ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، فكان فاسداً ، كما لو شرطت أن لا تُسَلِّمَ نَفْسَهَا . ولنا ، قول النبي ﷺ : « إِنَّ أَحَقَّ مَا وَفَّيْتُمْ^(٥) بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ^(٦) مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » . رواه سعيد^(٧) . وفي لفظ^(٨) : « إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهَا ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » . متفق عليه^(٩) . وأيضا قول النبي ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى

(٣) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٢٦ .

(٤) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٠ . ويضاف إليه : وأخرجه الترمذي ، في : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح

بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦ / ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٥) في الأصل ، ا ، م : « أوفيتم » .

(٦) في م : « الشرط » .

(٧) في : باب ما جاء في الشرط في النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٨٠ .

(٨) في م : « رواية » .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ... ، من كتاب الشروط . صحيح البخاري

٣ / ٢٤٩ . ومسلم ، في : باب الوفاء بالشرط في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٣ .

والترمذي ، في : باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحمدي ٥ / ٥٨ .

والدارمي ، في : باب الشرط في النكاح ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٣ . وإمام أحمد ، في : المسند

٤ / ١٤٤ ، ١٥٠ ، ١٥٢ .

شُرُوطِهِمْ» . ولأنَّه قولٌ مَنْ سَمَّينا مِنَ الصَّحَابَةِ ، ولا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفاً فِي عَصَرِهِمْ ، فكان إجماعاً . وَرَوَى الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، وَشَرَطَ لَهَا دَارَهَا ، ثُمَّ أَرَادَ نَقْلَهَا ، فَخَاصَمُوهُ إِلَى عَمَرَ ، فَقَالَ : لَهَا شَرْطُهَا . فَقَالَ الرَّجُلُ : إِذَا تُطَلِّقِينَا . فَقَالَ عَمَرُ : مَقَاطِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشَّرْطِ ^(١٠) . ولأنَّه شَرَطَ لَهَا فِيهِ مَنفَعَةً وَمَقْصُودًا لَا يَمْنَعُ الْمَقْصُودُ مِنَ النِّكَاحِ ، فَكَانَ لَزِمًا ، كَمَا لَوْ شَرَطْتَ عَلَيْهِ زِيَادَةَ فِي الْمَهْرِ أَوْ غَيْرَ نَقْدِ الْبَلَدِ . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ » . أَيْ لَيْسَ فِي حُكْمِ اللَّهِ وَشَرْعِهِ ، « وَهَذَا مَشْرُوعٌ » ^(١١) ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا دَلَّ عَلَى مَشْرُوعِيَّتِهِ ، عَلَى أَنَّ الْخِلَافَ فِي مَشْرُوعِيَّتِهِ وَعَلَى مَنْ نَفَى ذَلِكَ الدَّلِيلُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ هَذَا يُحَرِّمُ الْحَلَالَ . قُلْنَا : لَا يُحَرِّمُ حَلَالًا ، وَإِنَّمَا يُثَبِّتُ لِلْمَرْأَةِ خِيَارَ الْفَسْخِ إِنْ لَمْ يَفِ لَهَا بِهِ . وَقَوْلُهُمْ : لَيْسَ مِنْ مَصْلَحَتِهِ . قُلْنَا : لَا تُسَلِّمُ ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْأَةِ ، وَمَا كَانَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَاقِدِ كَانَ مِنْ مَصْلَحَةِ عَقْدِهِ ، كَاشْتِرَاطِ الرَّهْنِ وَالضَّمِيمِ فِي الْبَيْعِ ، ثُمَّ يُطْلَقُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى مَهْرِ الْعِثْلِ ، وَشَرْطِ غَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ . إِذَا ثَبِتَ أَنَّهُ شَرْطٌ لَزِمٌ فَلَمْ يَفِ لَهَا بِهِ ، فَلَهَا الْفَسْخُ ؛ وَهَذَا قَالَ الَّذِي قَضَى عَلَيْهِ عَمَرُ بِلُزُومِ الشَّرْطِ : إِذَا تُطَلِّقِينَا . فَلَمْ يَلْتَفِتْ عَمَرُ إِلَى ذَلِكَ ، وَقَالَ : / مَقَاطِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشَّرْطِ . ولأنَّه شَرَطَ لَزِمًا فِي عَقْدٍ ، فَيُثَبِّتُ ^(١٢) حَقُّ الْفَسْخِ بِتَرْكِ الْوَفَاءِ بِهِ ، كَالرَّهْنِ وَالضَّمِيمِ فِي الْبَيْعِ .

ط ٤٥/٧

فصل : فَإِنْ شَرَطْتَ عَلَيْهِ أَنْ يُطَلِّقَ ضَرَّتْهَا ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تَشْتَرِطَ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا . وَفِي لَفْظِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ :

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . المصنف ١٩٩ / ٤ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الشرط في النكاح . السنن ١ / ١٨٥ .

(١١-١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في الأصل : « فثبت » .

« لَا تَسْأَلُ الْمَرْأَةَ طَلَاقَ أُخْتِهَا ^(١٣) لِتَكْتَفِي مَا فِي صَحْفَتَيْهَا ^(١٤) ، وَلْتَكَيْخَ ، ^(١٥) فَإِنْ لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . رواهما البخاري ^(١٦) . والنَّهْيُ يَقْتَضِي فسادَ الْمَنْهِيِّ عنه ، ولأنَّهَا شَرَطَتْ عليه فسخَ عَقْدِهِ ، وإبطالَ حَقِّهِ وَحَقِّ امْرَأَتِهِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَتْ عليه فسخَ بَيْعِهِ . وقال أبو الحَطَّابِ : هو شَرَطُ لَازِمٍ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُنَافِي الْعَقْدَ ، ولها فيه فائدةٌ ، فأشْبَهَ ما لو شَرَطَتْ عليه أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عليها . ولم أرَ هذا الْغَيْرِ ، وقد ذَكَرْنَا ما يَدُلُّ على فسادِهِ ، وعلى قياسي هذا ما ^(١٧) لو شَرَطَتْ عليه بَيْعَ أُمْتِهِ . القسم الثاني ، ما يَبْطُلُ الشَّرْطُ ، وَيَصِحُّ الْعَقْدُ ، مثل أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا ، أو أَنْ لَا يُتَّفَقَ عليها ، أو ^(١٨) إِنْ أَصْدَقَهَا رَجَعَ عليها ، أو تَشْتَرِطَ عليه أَنْ لَا يَطَّأَهَا ، أو يَعْرِزَ عنها ، أو يَقْسِمَ لَهَا أَقْلَ من قَسَمِ صَاحِبَتِهَا أو أَكْثَرَ ، أو ^(١٩) لَا يَكُونُ عِنْدَهَا فِي الْجُمُعَةِ إِلَّا لَيْلَةً ، أو شَرَطَ لَهَا النَّهَارَ دُونَ اللَّيْلِ ، أو شَرَطَ على المرأة ^(٢٠) أَنْ تُتَّفَقَ عليه ، أو تُعْطِيَهُ شَيْئًا ، فهذه الشُّرُوطُ كُلُّهَا باطِلَةٌ فِي نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّهَا تُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، ولأنَّهَا تَتَضَمَّنُ إسقاطَ حُقُوقٍ تَجِبُ بِالْعَقْدِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أَسْقَطَ الشَّفِيعُ شَفْعَتَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ . فأَمَّا الْعَقْدُ فِي نَفْسِهِ فَصَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطُ تُعَوِّدُ إِلَى مَعْنَى زَائِدٍ فِي الْعَقْدِ ، لَا يُشْتَرِطُ ذِكْرُهُ ، وَلَا يَضُرُّ الْجَهْلُ بِهِ ، فلم يَبْطُلْهُ ^(٢١) ، كما لو

(١٣-١٣) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٤-١٤) سقط من : م .

وتقدم التخریج فی : ٦ / ٣٠٦ . ويضاف إليه فيما يخص ما روى هنا : والبخاري ، في : باب الشروط في الطلاق ، من كتاب الشروط . وفي : باب وكان أمر الله قدرا مقدورا ، من كتاب القدر . صحيح البخاري ٣ / ٢٥١ ، ٨ / ١٥٣ . ومسلم ، في : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٩ ، ١٠٣٠ . وأبو داود ، في : باب في المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٠٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا تسأل المرأة طلاق أختها ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٦٥ ، ١٦٦ . والنسائي ، في : باب النبي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح ، وفي : باب بيع المهاجر للأعرابي ، وباب النجش ، من كتاب البيوع . المجتبى ٦ / ٩٥ ، ٧ / ٢٢٤ ، ٢٢٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٤١ ، ٤٢ ، ٥٠٨ ، ٥١٢ ، ٥١٦ .

(١٥) سقط من : أ ، م .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في الأصل : « امرأته » .

(١٨) في م : « يبطل » .

شَرَطَ فِي الْعَقْدِ صَدَاقًا مُحَرَّمًا ، وَلَئِنْ النِّكَاحُ يَصِحُّ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوَضِ ، فَجَازَ أَنْ يَنْعَقِدَ مَعَ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، كَالْعَتَاقِ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، وَشَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا فِي كُلِّ جُمُعَةٍ لَيْلَةً ، ثُمَّ رَجَعَتْ وَقَالَتْ : لَا أَرْضَى إِلَّا لَيْلَةً وَلَيْلَةً . فَقَالَ : لَهَا أَنْ تَنْزِلَ بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ . وَإِنْ قَالَتْ : لَا أَرْضَى إِلَّا بِالْمُقَاسِمَةِ . كَانَ^(١٩) ذَلِكَ حَقًّا لَهَا ، تُطَالِبُهُ إِنْ شَاءَتْ . وَنَقَلَ عَنْهُ الْأَثَرُ ، فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ وَيَشْتَرِطُ عَلَيْهَا أَنْ يَأْتِيَهَا فِي الْأَيَّامِ : يَجُوزُ الشَّرْطُ ، إِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ . وَقَالَ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ عَلَى أَنْ تُتَّفَقَ عَلَيْهِ فِي كُلِّ شَهْرٍ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ ، أَوْ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ : النِّكَاحُ جَائِزٌ ، وَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ فِي هَذَا الشَّرْطِ . وَقَدْ نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ كَلَامٌ فِي بَعْضِ هَذِهِ الشُّرُوطِ ، يَحْتَمِلُ إِبْطَالَ الْعَقْدِ . نَقَلَ عَنْهُ الْمَرْوُذِيُّ / فِي النَّهَارِيَّاتِ وَاللَّيْلِيَّاتِ : لَيْسَ هَذَا مِنْ نِكَاحِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ . وَمِمَّنْ كَرِهَ تَزْوِيجَ النَّهَارِيَّاتِ حَمَادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : الشَّرْطُ بَاطِلٌ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِذَا سَأَلْتَهُ أَنْ يَعْدَلَ لَهَا ، عَدَلَ . وَكَانَ الْحَسَنُ ،^(٢٠) وَعِطَاءٌ ، لَا يَرِيَانِ بِنِكَاحِ النَّهَارِيَّاتِ بِأَسَا . وَكَانَ الْحَسَنُ^(٢١) لَا يَرَى بِأَسَا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، عَلَى أَنْ يَجْعَلَ لَهَا مِنْ^(٢٢) الشَّهْرِ أَيَّامًا مَعْلُومَةً . وَلَعَلَّ كَرَاهَةَ مَنْ كَرِهَ ذَلِكَ ، رَاجِعٌ إِلَى إِبْطَالِ الشَّرْطِ ، وَإِجَازَةِ مَنْ أَجَازَهُ ، رَاجِعٌ إِلَى أَصْلِ النِّكَاحِ ، فَتَكُونُ أَقْوَالُهُمْ مُتَّفِقَةً عَلَى صِحَّةِ النِّكَاحِ وَإِبْطَالِ الشَّرْطِ ، كَمَا قُلْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنَّمَا كَرِهَ أَحْمَدُ هَذَا النِّكَاحَ ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ عَلَى وَجْهِ السَّرِّ ، وَنِكَاحُ السَّرِّ مَنْهِيٌّ عَنْهُ ؛ فَإِنْ شَرِطَ عَلَيْهِ تَرْكُ الْوَطْءِ ، احْتَمَلُ أَنْ يَفْسُدَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ شَرِطَ يُنَافِي الْمَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرِطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا تُسَلَّمَ إِلَيْهِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا عَلَى أَنْ لَا يَقْبِضَهُ^(٢٣) . وَإِنْ شَرِطَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يَطَّأَهَا ، لَمْ يَفْسُدْ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ حَقُّهُ عَلَيْهَا ، وَهِيَ لَا تَمْلِكُهُ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَفْسُدَ ؛ لِأَنَّ لَهَا فِيهِ حَقًّا ، وَلِذَلِكَ تَمْلِكُ مُطَالَبَتَهُ بِهِ إِذَا

٤٦٧ و

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « فَإِنْ » .

(٢٠-٢١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢١) فِي ب ، م ، « فِي » .

(٢٢) فِي ب : « يَقْتَضِيهِ » .

آلى ، والفَسْخُ إِذَا تَعَدَّرَ بِالْجَبِّ وَالْعَنَّةِ . القسم الثالث ، ما يَبْطُلُ النِّكَاحُ مِنْ أَصْلِهِ ، مثل أَنْ يَشْتَرِطًا تَأْقِيَتِ النِّكَاحُ ، وهو نِكَاحُ الْمُتَنَعَةِ ، أو أَنْ يُطْلَقَهَا فِي وَقْتٍ بَعَيْنِهِ ، أو يُعْلَقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، مثل أَنْ يَقُولَ : زَوَّجْتُكَ إِنْ رَضِيَتْ أُمُّهَا ، أو فُلَانٌ . أو يَشْتَرِطَ الْخِيَارَ فِي النِّكَاحِ لَهَا ، أو لِأَحَدِهِمَا ، فهذه شروطٌ بَاطِلَةٌ فِي نَفْسِهَا ، وَيَبْطُلُ بِهَا النِّكَاحُ . وكذلك إِنْ جَعَلَ صَدَاقَهَا تَزْوِيجَ امْرَأَةٍ أُخْرَى ، وهو نِكَاحُ الشُّغَارِ ، وَتَذَكَّرْ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ ^(٢٣) ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ ، أو ^(٢٤) إِنْ رَضِيَتْ أُمُّهَا ، أو إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِي وَقْتٍ كَذَا ، وإِلَّا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، النِّكَاحُ صَحِيحٌ ^(٢٥) ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ فِيمَا إِذَا شَرَطَ ^(٢٦) الْخِيَارَ . وَحَكَاهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِيهَا . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : قَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ : إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِالْمَهْرِ فِي وَقْتٍ كَذَا وَكَذَا ^(٢٧) ، وإِلَّا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، الشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالْعَقْدُ جَائِزٌ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الزُّهْرِيِّ . وَرَوَى ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذَا ، أَنَّ الْعَقْدَ وَالشَّرْطَ جَائِزَانِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى : يَبْطُلُ الْعَقْدُ مِنْ أَصْلِهِ فِي هَذَا / كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَكُونُ إِلَّا لَازِمًا ، وَهَذَا يُوجِبُ جَوَازَهُ ، وَلَئِنَّهُ إِذَا قَالَ : إِنْ رَضِيَتْ أُمُّهَا ، أو إِنْ جِئْتَنِي بِالْمَهْرِ ^(٢٨) فِي وَقْتٍ كَذَا . فَقَدْ وَقَفَ النِّكَاحُ عَلَى شَرْطٍ ^(٢٨) ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُهُ عَلَى شَرْطٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَنَحْوُهُ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ .

٤٦/٧ ظ

(٢٣) فِي ١ ، ب ، م : « مواضعه » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٥) فِي م : « الصحيح » .

(٢٦) فِي ب : « اشترط » .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٨) فِي م : « الشرط » .

فصل : وإن شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الصَّدَاقِ خَاصَّةً ، لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَنْفَرِدُ عَنْ ذِكْرِ الصَّدَاقِ ، وَلَوْ كَانَ الصَّدَاقُ حَرَامًا أَوْ فَاسِدًا لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ ، فَيَأْتِي (٢٩) لَا يَفْسُدُ بِشَرَطِ الْخِيَارِ فِيهِ أَوْلَى ، وَيُخَالِفُ الْبَيْعَ ، فَإِنَّهُ إِذَا فَسَدَ أَحَدُ الْعَوَظَيْنِ فِيهِ فَسَدَ الْآخَرُ . فَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَفِي الصَّدَاقِ ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ؛ أَحَدُهَا ، يَصِحُّ الصَّدَاقُ ، وَيَبْطُلُ شَرَطُ الْخِيَارِ ، كَمَا يَفْسُدُ الشَّرْطُ فِي النِّكَاحِ ، وَيَصِحُّ النِّكَاحُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، وَيُثْبِتُ الْخِيَارُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الصَّدَاقِ عَقْدٌ مُنْفَرِدٌ يَجْرِي مَجْرَى الْأَثْمَانِ ، فَثَبِتَ (٣٠) فِيهِ الْخِيَارُ كَالْبَيَاعَاتِ . وَالثَّلَاثُ ، يَبْطُلُ الصَّدَاقُ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يُوَافَقْهُ عَلَى شَيْءٍ .

١١٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَلَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَحْلُوَ بِهَا)

لَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي إِبَاحَةِ النَّظَرِ إِلَى الْمَرْأَةِ لِمَنْ أَرَادَ نِكَاحَهَا ، وَقَدْ رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا ، فَلْيَفْعَلْ » . قَالَ : فَخَطَبْتُ امْرَأَةً ، فَكُنْتُ أُتَحَبُّهَا ، حَتَّى رَأَيْتُ مِنْهَا مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا ، فَتَزَوَّجْتُهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (١) . وَفِي هَذَا أَحَادِيثُ كَثِيرَةٌ سِوَى هَذَا . وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ يَقْتَضِي التَّمْلِيكَ ، فَكَانَ لِلْعَاقِدِ النَّظَرَ إِلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالنَّظَرِ إِلَى الْأَمَةِ الْمُسْتَأْمَةِ . وَلَا بَأْسَ بِالنَّظَرِ إِلَيْهَا بِإِذْنِهَا وَغَيْرِ إِذْنِهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ (٢) بِالنَّظَرِ وَأُطْلِقَ . وَفِي حَدِيثِ جَابِرٍ : فَكُنْتُ أُتَحَبُّهَا . وَفِي حَدِيثٍ عَنْ (٣)

(٢٩) فِي م : « فَلَان » .

(٣٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : « فَيْثِث » .

(١) فِي : بَابُ فِي الرَّجُلِ يَنْظُرُ إِلَى الْمَرْأَةِ وَهُوَ يَرِيدُ تَزْوِيجَهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٤٨٠ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣ / ٣٣٤ ، ٣٦٠ .

(٢) فِي م : « أَمَرْنَا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المُغيرة بن شعبة ، أنه استأذن أبويها في النَّظَرِ إليها ، فكَرَّهَا ، فَأَذْنَتْ لَهُ الْمَرْأَةُ . رواه سعيد^(٤) . ولا يجوز له الحُلوة بها ؛ لأنها^(٥) مُحَرَّمَةٌ ، ولم يرد الشرع بغير النظر ، فَبَقِيََتْ عَلَى التَّحْرِيمِ ، ولأنَّه لا يُؤْمَنُ مع الحُلوة مُوَاقَعَةُ المَحْظُورِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَخْلُونَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ ، فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ »^(٦) . ولا يَنْظُرُ إليها نَظَرٌ^(٧) تَلَذُّذٌ وَشَهْوَةٌ ، وَلَا لِرِيَّةٍ . قال أحمد ، في رواية صالح : يَنْظُرُ إِلَى الْوَجْهِ ، ولا يكونُ عن^(٨) طريق لَذَّةٍ . وله أن يُرَدِّدَ النظرَ إليها ، ويتأمل محاسنها ؛ لأنَّ المقصودَ لا يحصلُ إِلَّا بذلك .

فصل : ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النَّظَرِ إلى وَجْهها ، وذلك لأنَّه ليس / بعورة ، وهو مَجْمَعُ المَحَاسِنِ ، ومَوْضِعُ النظرِ . ولا يُباحُ له النَّظَرُ إلى ما لا يَظْهَرُ عادةً . وحكى عن الأوزاعيَّ أَنَّهُ يَنْظُرُ إلى مواضع اللَّحْمِ . وعن داودَ أَنَّهُ يَنْظُرُ إلى جَمِيعِها ؛ لظاهرِ قولهِ عليه السلام : « انْظُرْ إِلَيْهَا » . ولنا ، قولُ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلَا يَتَّبِعَنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾^(٩) . وروى عن ابن عباسٍ ، أَنَّهُ قال : الْوَجْهُ ، وباطنُ^(١٠) الْكَفِّ . ولأنَّ النَّظَرَ مُحَرَّمٌ أُبِيحَ لِلحَاجَةِ ، فَيُخْتَصُّ بما تَدْعُو الحاجةُ إليه ، وهو ما ذَكَرْنَا ، والحديثُ مُطْلَقٌ ، ومن نَظَرَ^(١١) إلى وَجْهِ إنسانٍ سَمِيَ نَاطِرًا إليه ، ومن رآه وعليه أثوابه سَمِيَ رَائِيًا له ، كما قال اللَّهُ تعالى : ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ ﴾^(١٢) . ﴿ وَإِذَا

(٤) في : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ، سنن سعيد بن منصور ١ / ١٤٦ .

(٥) في الأصل زيادة : « كانت » .

(٦) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في كراهية الدخول على المغيبات ، من أبواب الرضاع ، وفي : باب ما جاء في لزوم الجماعة ، من أبواب الفتن . عارضة الأخوذی ٥ / ١٢١ ، ٩ / ٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٨ ، ٢٦ ، ٣ / ٣٣٩ ، ٤٤٦ .

(٧) في م : « نظرة » .

(٨) في ١ ، ب : « على » .

(٩) سورة النور ٣١ .

(١٠) في ب ، م : « ويطن » .

(١١) في ب ، م : « ينظر » .

(١٢) سورة المنافقون ٤ .

رَأَى الْذِينَ كَفَرُوا ﴿١٣﴾ . فَأَمَّا مَا يَظْهَرُ غَالِبًا سِوَى الْوَجْهِ ، كَالْكَفَّيْنِ وَالْقَدَمَيْنِ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، مِمَّا تُظْهَرُ الْمَرْأَةُ فِي مَنْزِلِهَا ، فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَوْرَةٌ ، فَلَمْ يُبَيِّحِ النَّظَرَ إِلَيْهِ ، كَالَّذِي لَا يَظْهَرُ ، فَإِنَّ عَبْدَ اللَّهِ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ » (١٤) . حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تُنْذِفُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْوَجْهِ ، فَبَقِيَ مَا عَدَاهُ عَلَى التَّحْرِيمِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَهُ النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ : لَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا ، وَإِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا ، مِنْ يَدٍ أَوْ جَسْمٍ وَنَحْوِ (١٥) ذَلِكَ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : لَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا عِنْدَ الْخِطْبَةِ حَاسِرَةً . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : فَيَنْظُرُ إِلَى (١٦) الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ . وَوَجْهُهُ جَوَازُ النَّظَرِ إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَدْنَى فِي النَّظَرِ إِلَيْهَا مِنْ غَيْرِ عِلْمِهَا ، عَلِمَ أَنَّهُ أَدْنَى فِي النَّظَرِ إِلَى جَمِيعِ مَا يَظْهَرُ عَادَةً ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِفْرَادُ الْوَجْهِ بِالنَّظَرِ مَعَ مُشَارَكَةِ غَيْرِهِ لَهُ فِي الظُّهُورِ ، وَلِأَنَّهُ يَظْهَرُ غَالِبًا ، فَأَبِيحَ النَّظَرَ إِلَيْهِ كَالْوَجْهِ ، وَلِأَنَّهَا امْرَأَةٌ أُبِيحَ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا بِأَمْرِ الشَّارِعِ ، فَأَبِيحَ النَّظَرَ مِنْهَا إِلَى ذَلِكَ ، كَذَوَاتِ الْمَحَارِمِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ (١٧) ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ . قَالَ : خَطَبَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ ابْنَةَ عَلِيٍّ ، فَذَكَرَ مِنْهَا صِغَرًا ، فَقَالُوا لَهُ : إِنَّمَا رَدَّكَ . فَعَاوَدَهُ ، فَقَالَ : تُرْسِلُ بِهَا إِلَيْكَ تَنْظُرُ (١٨) إِلَيْهَا . فَرَضِييَهَا ، (١٩) وَكَشَفَ عَنْ سَاقِهَا (٢٠) . فَقَالَتْ : أُرْسِلْ ، فَلَوْلَا أَنَّكَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ لَلَطَمْتُ (٢١) عَيْنَكَ .

فصل : وَيجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالبًا ، كالرقبة والرأس والكففين والقدمين ونحو ذلك . وليس له النظر إلى ما يستتر (٢٢) غالبًا ، كالصدر والظهر ونحوهما . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَنْظُرُ إِلَى شَعْرِ امْرَأَةٍ أَوْ امْرَأَةِ ابْنِهِ .

(١٣) سورة الأنبياء ٣٦ .

(١٤) تقدم تخريجه في : ٢ / ٣٢٨ .

(١٥) في الأصل : « أَوْ » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها . السنن ١ / ١٤٧ . كما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب نكاح الصغيين ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٦٣ .

(١٨) في الأصل : « لتنظر » .

(١٩-١٩) في م : « وكشف عن ساقها » .

(٢٠) في م زيادة : « الذي في » .

(٢١) في ١ ، ب ، م : « يستتر » .

فقال : هذا في / القرآن : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾^(٢٢) . إلا لكذا وكذا . قلت :
 فيَنْظُرُ^(٢٣) إلى ساقِ امرأةٍ أبيه وصَدْرِها . قال : لا ما^(٢٤) يُعْجِنِي . ثم قال : أنا أَكْرَهُ أَنْ
 يَنْظُرَ مِنْ أُمِّه وَأَخْتِهِ إِلَى مِثْلِ هَذَا ، وَإِلَى كُلِّ شَيْءٍ عِلْشَهْوَةٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ حُكْمَ الرَّجُلِ
 مَعَ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ حُكْمُ الرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ ، وَالْمَرْأَةُ مَعَ الْمَرْأَةِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : كَرَاهِيَةُ أَحْمَدَ
 النَّظَرُ إِلَى سَاقِ أُمِّه وَصَدْرِهَا عَلَى التَّوَقُّي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَدْعُو إِلَى الشَّهْوَةِ . يَعْنِي أَنَّهُ يُكْرَهُ وَلَا
 يَحْرُمُ . وَمَنْعَ الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالضُّحَّاكُ ، النَّظَرُ إِلَى شَعْرِ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ . فَرَوَى
 عَنْ هِنْدِ ابْنَةِ الْمُهَلَّبِ^(٢٥) ، قَالَتْ : قُلْتُ لِلْحَسَنِ : يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَى قُرْطِ أَخْتِهِ أَوْ إِلَى^(٢٦)
 عُنُقِهَا ؟ قَالَ : لَا ، وَلَا كَرَامَةٍ . وَقَالَ الضُّحَّاكُ : لَوْ دَخَلْتُ عَلَى أُمِّي لَقُلْتُ : أَيَّتُهَا
 الْعَجُوزُ ، عَطِِّي شَعْرَكَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى :
 ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ﴾ . الْآيَةُ . وَقَالَتْ سَهْلَةُ بِنْتُ سُهَيْلٍ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ،
 إِنَّا كُنَّا نَرَى سَالِمًا وَلَدًا ، وَكَانَ يَأْوِي مَعِيَ وَمَعَ أُمِّي حُذَيْفَةَ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ ، وَيَرَانِي
 فَضْلًا^(٢٧) ، وَقَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى^(٢٨) فِيهِمْ مَا عَلِمْتُ ، فَكَيْفَ تَرَى فِيهِ ؟ فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ
 ﷺ : « أَرْضِعِيهِ » . فَأَرْضَعَتْهُ خَمْسَ رَضَاعَاتٍ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهَا . رَوَاهُ أَبُو
 دَاوُدَ^(٢٩) ، وَغَيْرُهُ . وَهَذَا^(٣٠) دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يَنْظُرُ مِنْهَا إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ، فَإِنَّهَا قَالَتْ :
 يَرَانِي فَضْلًا^(٣١) . وَمَعْنَاهُ فِي ثِيَابِ الْبِذْلَةِ الَّتِي لَا تَسْتُرُ أَطْرَافَهَا . وَقَالَ امْرُؤُ الْقَيْسِ^(٣٢) :

(٢٢) سورة النور ٣١ .

(٢٣) في الأصل ، م ، ١ : ينظر .

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في الأصل : « الملب » . وهي هند بنت المهلب بن أبي صفرة ، وكانت تحت الحجاج بن يوسف الثقفي .

انظر : وفیات الأعيان ٢ / ٥٣ .

(٢٦) في ب ، م : « وإلى » .

(٢٧) في م : « فضلى » . ورجل وامرأة فضل ، بضمين : متفضل في ثوب واحد .

(٢٨-٢٨) ليس في : م .

(٢٩) في : باب من حُرِّمَ به [أى برضاة الكبير] ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٥ ، ٤٧٦ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب رضاة الكبير ، من كتاب الرضاة . صحيح مسلم ١٠٧٦/٢ ، ١٠٧٧ . والنسائي ،

في : باب رضاة الكبير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٨٦/٦ ، ٨٧ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرضاة بعد

الكبر ، من كتاب الرضاة . الموطأ ٢ / ٦٠٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٤/٦ ، ٢٠١ ، ٢٢٨ ، ٢٤٩ ، ٢٦٩ .

(٣٠) في ب : « وهو » .

(٣١) البيت من معلقته في ديوانه ١٤ .

فَجِئْتُ وَقَدْ نَضَتْ لِسُومَ ثِيَابِهَا لَدَى السِّتْرِ إِلَّا لِبْسَةَ الْمُتَفَضِّلِ (٣٢)
ومثل هذا يَظْهَرُ مِنَ الْأَطْرَافِ وَالشَّعْرِ ، فَكَانَ يَرَاهَا كَذَلِكَ إِذَا عَتَقَدْتَهُ وَلَدًا ، ثُمَّ دَلَّهْمُ
النَّبِيُّ ﷺ عَلَى مَا يَسْتَدِيمُونَ بِهِ مَا كَانُوا يَعْتَقِدُونَهُ وَيَفْعَلُونَهُ . وَرَوَى الشَّافِعِيُّ ، فِي
« مُسْنَدِهِ » (٣٣) عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ ، أَنَّهَا ارْتَضَعَتْ مِنْ أَسْمَاءَ امْرَأَةَ الزُّبَيْرِ .
قَالَتْ : فَكُنْتُ أَرَاهُ أَبَا ، وَكَانَ يَدْخُلُ عَلَيَّ وَأَنَا أُمْسِطُ رَأْسِي ، فَيَأْخُذُ بِبَعْضِ قُرُونِ
رَأْسِي ، وَيَقُولُ : أَقْبِلِي عَلَيَّ . وَلَئِنْ التَّحَرَّزَ مِنْ هَذَا لَا يُمَكِّنُ ، فَأَبِيحَ كَالْوَجْهِ ، وَمَا لَا
يَظْهَرُ غَالِبًا لَا يُبَاحُ ، لِأَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَى نَظَرِهِ ، وَلَا تُؤْمَنُ مَعَهُ الشَّهْوَةُ وَمُوَاقَعَةُ
الْمَحْظُورِ ، فَحُرِّمَ النَّظَرُ إِلَيْهِ كَمَا تَحْتَ السُّرَّةِ .

فصل : وذوات محاربه : كل من حرم عليه (٣٤) نكاحها على التأييد ، بنسب أو
رضاع ، أو تحريم المصاهرة بسبب مباح ؛ لما ذكرنا من حديث سالم وزينب . وعن
عائشة ، / أَنَّ أَفْلَحَ أَخَا أَبِي الْقَعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ عَلَيْهَا بَعْدَ مَا أُنْزِلَ الْحِجَابُ ، فَأَبَتْ أَنْ
تَأْذَنَ لَهُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَتَذْنِي لَهُ ، فَإِنَّهُ عَمُوكَ ، تَرَبَّتْ يَمِينُكَ » (٣٥) مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ . وَقَدْ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى آبَاءَ بُعُولَتَيْهِ ، وَأَبْنَاءَ بُعُولَتَيْهِ ، كَمَا ذَكَرَ آبَاءَهُنَّ وَأَبْنَاءَهُنَّ فِي
إِبْدَاءِ الزَّيْنَةِ لَهُمْ . وَتَوَقَّفَ أَحْمَدُ عَنِ النَّظَرِ إِلَى شَعْرِ أُمِّ امْرَأَتِهِ وَبَنَتِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا غَيْرُ

(٣٢) في م : « ولم يبق إلا لبسة المتفضل » .

(٣٣) في : باب فيما جاء في الرضاع ، من كتاب النكاح . ترتيب المسند ٢٥/٢ .

(٣٤) سقط من : الأصل ، ١ .

(٣٥) سقط من : الأصل ، م .

وأخرجه البخاري ، في : باب قوله ﴿ إِنْ تَبَدَّلَا شَيْئًا ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب ما يحل من
الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع ، من كتاب النكاح ، وفي : باب قول النبي ﷺ : تربت يمينك ... ، من كتاب
الأدب . صحيح البخاري ٦ / ١٥٠ ، ٧ / ٤٩ ، ٨ / ٤٥ . ومسلم ، في : باب تحريم الرضاغة من ماء الفحل ،
من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٩ ، ١٠٧٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في لبن الفحل ، من كتاب الرضاع . سنن أبي داود ١ / ٤٧٤ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٩ . وابن ماجه ، في : باب لبن الفحل ،
من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٧ . والدارمي ، في : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن
الدارمي ٢ / ١٥٦ . والإمام مالك ، في : باب رضاغة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠١ ، ٦٠٢ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٧ ، ٣٨ ، ١٧٧ ، ١٩٤ ، ٢١٧ ، ٢٧١ .

مَذْكُورَتَيْنِ فِي الْآيَةِ . قَالَ الْقَاضِي : إِنَّمَا حَكَى قَوْلَ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ وَلَمْ يَأْخُذْ بِهِ ^(٣٦) . وَقَدْ صَرَّحَ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ ، أَنَّهُ مَحْرَمٌ يَجُوزُ لَهُ الْمُسَافَرَةُ بِهِمَا ^(٣٧) . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : سَاعَةً يَغْقِدُ عُقْدَةَ النِّكَاحِ تُحْرَمُ عَلَيْهِ أُمُّ امْرَأَتِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَرَى شَعْرَهَا وَمَحَاسِنَهَا ، لَيْسَتْ مِثْلُ التِّي يُزْنِي بِهَا ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَبَدًا أَنْ يَنْظُرَ إِلَى ^(٣٨) شَعْرَهَا ، وَلَا إِلَى شَيْءٍ مِنْ جَسَدِهَا ، وَهِيَ حَرَامٌ عَلَيْهِ .

فصل : فَأَمَّا أُمُّ الْمَرْزُوقِيِّ بِهَا وَابْنَتُهَا ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهِنَّ ، وَإِنْ حُرِّمَ نِكَاحُهُنَّ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهُنَّ بِسَبَبٍ مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يُقَدْ إِبَاحَةَ النَّظَرِ ، كَالْمُحَرَّمَةِ بِاللَّعَانِ . وَكَذَلِكَ بَنْتُ الْمُوَطَّوَةِ بِشَبْهَةِ وَأُمُّهَا ، لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ . وَكَذَلِكَ الْكَافِرُ لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ لِقَرَاتِهِ الْمُسْلِمَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَسْلَمَتْ بِنْتُهُ : لَا يُسَافِرُ بِهَا ، لَيْسَ هُوَ مَحْرَمًا لَهَا . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ لَيْسَ مَحْرَمًا لَهَا فِي السَّفَرِ ، أَمَّا النَّظَرُ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْحِجَابُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ أَبَا سُفْيَانَ أَتَى الْمَدِينَةَ وَهُوَ مُشْرِكٌ ، فَدَخَلَ عَلَى ابْنَتِهِ أُمِّ حَبِيبَةَ ، فَطَوَّتْ فِرَاشَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِئَلَّا يَجْلِسَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ تَحْتَجِبْ مِنْهُ ، وَلَا أَمَرَهَا بِذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ ^(٣٩) .

فصل : وَعَبْدُ الْمَرْأَةِ لَهُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا وَكَفِّهَا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ ^(٤٠) . وَرَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ لِأَخِي إِحْدَاكُنَّ مُكَاتَّبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُوَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ ^(٤١) مِنْهُ » ^(٤٢) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَعَنْ أَبِي قِلَابَةَ ، قَالَ : كَانَ أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ لَا يَخْتَجِبْنَ مِنْ مُكَاتِّبٍ ،

(٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) في م : « بها » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) انظر : الطبقات الكبرى . لابن سعد (بيروت) ٨ / ٩٩ ، ١٠٠ .

(٤٠) سورة النور ٣١ .

(٤١) في م : « فحتجب » .

(٤٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٥ .

ما بَقِيَ عَلَيْهِ دِينَارٌ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ^(٤٣) . وَعَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى فَاطِمَةَ بَعِيدَ قَدْ ^(٤٤) وَهَبَهُ لَهَا ، وَعَلَى فَاطِمَةَ ثَوْبٌ إِذَا قَنَعَتْ بِهِ رَأْسَهَا لَمْ يَبْلُغْ رِجْلَيْهَا ، وَإِذَا غَطَّتْ بِهِ رِجْلَيْهَا لَمْ يَبْلُغْ رَأْسَهَا ، فَلَمَّا رَأَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا تَلَقَى ، قَالَ : « إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْكَ بَأْسٌ ، إِنَّمَا هُوَ أَبُوكَ وَغَلَامُكَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤٥) . وَكَرِهَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى / شَعْرِ مَوْلَاتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَطَاوُسٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَالْحَسَنِ . وَأَبَا حٍ لَهُ ذَلِكَ ابْنُ عَبَّاسٍ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْآيَتَيْنِ وَالْحَبَرَيْنِ ^(٤٦) ؛ وَلَأنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ لَيْسَتْ أَدْنَىكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوْفُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ ^(٤٧) . وَلَأنَّهُ يَشُقُّ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، فَأُبَيِّحُ لَهُ ذَلِكَ كَذَوِي الْمَحَارِمِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : هُوَ مَحْرَمٌ حَكَمُهُ حَكْمُ الْمَحَارِمِ مِنَ الْأَقَارِبِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الدَّلِيلِ ، وَلَأنَّهُ مُحَرَّمٌ عَلَيْهَا ، فَكَانَ مُحَرَّمًا كَالْأَقَارِبِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ عَمَرَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « سَفَرُ الْمَرْأَةِ مَعَ عَبْدِهَا ضَيْعَةٌ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(٤٨) ، وَلَأنَّهَا لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ وَلَا يَحِلُّ لَهُ اسْتِمْتَاعُهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُحَرَّمًا كَزَوْجِ أُخْتِهَا ، وَلَأنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا ، إِذْ لَيْسَتْ بَيْنَهُمَا نَفَرَةُ الْمَحْرَمِيَّةِ ^(٤٩) ، وَالْمَلِكُ لَا يَقْتَضِي النَّفَرَةَ الطَّبِيعِيَّةَ ، بِدَلِيلِ السَّيِّدِ مَعَ أَمَتِهِ . وَإِنَّمَا أُبَيِّحُ لَهُ مِنَ النَّظَرِ مَا تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، كَالشَّاهِدِ وَالْمُبْتَاعِ وَنَحْوِهِمَا ، وَجَعَلَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا كَالْأَجْنَبِيِّ ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

(٤٣) لم نجده فيما بين أبيدنا من سنن سعيد بن منصور . وأخرجه البيهقي ، في : باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى . ١ / ٣٢٥ .

(٤٤) في ب : « وقد » .

(٤٥) في : باب في العبد ينظر إلى شعر مولاته ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٢ / ٣٨٣ .

(٤٦) في م : « والحديثين » .

(٤٧) سورة النور ٥٨ .

(٤٨) وأورده الهيثمي ، في : باب سفر النساء ، من كتاب الحج . مجمع الزوائد ٣ / ٢١٤ .

(٤٩) في الأصل : « الحرمية » .

فصل : فأما الغلام ، فمادام طفلاً غير مُمَيَّز ، لا يجب الاستئثار منه في شيء ، وإن عَقَلَ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، حكمه حكمُ ذى المحَرَّم في النَّظَر . والثانية ، له النَّظَرُ إلى ما فوق السُّرَّة وتحت الرُّكْبَة ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ لَيْسَتْ أَذْنُكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ ^(٥٠) فدلَّ على التَّفريق بين البالغ وغيره . قال أبو عبد الله : أبو طَيِّبَةَ حَجَمَ نِسَاءَ النَّبِيِّ ﷺ وهو غلام ^(٥١) . ووجه الرواية الأولى قوله : ﴿ أَوِ الْطِفْلَ الَّذِينَ لَمْ يَطْهَرُوا عَلَى عَوْرَتِ النِّسَاءِ ﴾ ^(٥٢) . قيل لأبي عبد الله : متى تُعْطَى المرأةُ رأسُها من الغلام ؟ قال : إذا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ .

فصل : وِيُباحُ ^(٥٣) لكل واحدٍ من الزَّوجَيْنِ النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ صاحِبِهِ ^(٥٤) وَلَمْسِهِ حتى الفَرْجِ ؛ لما رَوَى بِهِ زَيْنُ حَكِيمٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّهِ قال : قلتُ : يا رسولَ الله ، عَوْرَاتُنَا ما تَأْتِي منها وما نَذَرُ ؟ فقال : « اخْفِظْ عَوْرَتَكَ ، إِلَّا مِنْ زَوْجَتِكَ » ^(٥٥) ، / وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ » . رواه الترمذى ^(٥٦) ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ولأنَّ الفَرْجَ يَحِلُّ له الاستِمْتاعُ به ، فجاز النَّظَرُ إليه وَلَمْسُهُ ، كَقِيَّةِ الْبَدَنِ . وَيُكْرَهُ النَّظَرُ إلى الفَرْجِ ؛ فَإِنَّ عائِشَةَ ، رَضِيَ اللهُ عنها ، قالت : ما رَأَيْتُ فَرْجَ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَطُّ . رواه ابنُ

٤٩/٧ و

(٥٠) سورة النور ٥٩ .

(٥١) انظر : ما أخرجه مسلم ، في : باب لكل داء دواء واستحباب التداوى ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧٣٠ . وأبو داود ، في : باب في العبد ينظر إلى شعر مولاه ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٢ / ٣٨٣ . وابن ماجه ، في : باب الحجامة ، من كتاب الطب . سنن ابن ماجه ٢ / ١١٥١ ، ١١٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٥٠ .

(٥٢) سورة النور ٣١ .

(٥٣) في ١ ، ب ، م ، : « ومباح » .

(٥٤) في ب : « الآخر » .

(٥٥) في الأصل ، ب : « زوجك » . وفي الأصل زيادة : « وخادمك » . وليست في مصادر التخریج .

(٥٦) تقدم تخريجه في : ١ / ٣٠٥ .

ماجَه^(٥٧) . وفي لفظ قالت : ما رأيته من رسول الله ﷺ ، ولا رآه مني . وقال أحمد ، في رواية جعفر بن محمد ، في المرأة تَقْعُدُ بين يدي زوجها في بيتها مكشوفة في ثياب رفاق : فلا^(٥٨) بأس به . قلت : تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس ، وليس في الدار إلا هي وزوجها ؟ فرخص في ذلك .

فصل : وبإباح للنظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها ؛ لما ذكرنا في الزوجين ، وسواء في ذلك سريته وغيرها ؛ لأنه مباح له الاستمتاع من جميع بدنها ، فأبيح له النظر إليه^(٥٩) ، فإن زوج أمته حرم عليه الاستمتاع ، والنظر منها إلى ما بين^(٦٠) السرة والركبة ؛ لأن عمرو بن شعيب ، روى عن أبيه ، عن جده ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا زوج أحدكم خادمه^(٦١) عبده أو أجيده ، فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة ، فإنه عورة » . رواه أبو داود^(٦٢) ، ومفهومه إباحة النظر إلى ما عداه . وأما تحريم الاستمتاع بها^(٦٣) ، فلا شك فيه ولا اختلاف^(٦٤) ، فإنها قد صارت مباحة للزوج ، ولا تحل المرأة^(٦٥) لرجلين . فإن وطئها ، لزمه الإثم والتعزير . وإن ولدت ، فقال أحمد :

(٥٧) في : باب النهي أن يرى عورة أخيه ، من كتاب الطهارة ، وفي : باب التستر عند الجماع ، من كتاب النكاح .

سنن ابن ماجه ١ / ٢١٧ ، ٦١٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٦٣ ، ١٩٠ . والبيهقي ، في : باب ما تبدى المرأة من زينتها ... ، من

كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٩٤ .

(٥٨) في م : « لا » .

(٥٩) سقط من : الأصل ، ب .

(٦٠) سقط من : م ، أ .

(٦١) أى : أمته . وفي رواية : « خادمته » . انظر عون المعبود ٤ / ١٠٩ .

(٦٢) تقدم تحريجه في : ٢ / ٢٨٥ .

(٦٣) سقط من : ب .

(٦٤) في الأصل : « خلاف » .

(٦٥) في م : « امرأة » .

لَا يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهَا فِرَاشٌ لغيره ، فلم ^(٦٦) يَلْحَقْهُ وَلَدُهَا ، كَالْأَجْنَبِيَّةِ .

فصل : في من يُباح له النَّظَرُ من الأجانب . ويُباح للطَّيِّبِ النَّظَرُ إلى ما تَدْعُو إليه الحاجةُ من بَدَنِهَا ، من العَوْرَةِ وغيرِها ، فَإِنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ، وقد رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَكَّمَ سَعْدًا فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، كَانَ يَكْشِفُ عَنْ مُؤْتَرِزِهِمْ ^(٦٧) . وعن عثمان ، أَنَّهُ أَتَى بِغُلَامٍ قَدْ سَرَقَ ، فَقَالَ : انْظُرُوا إِلَى مُؤْتَرِزِهِ . فلم يَجِدُوهُ أَتَبَتِ الشَّعْرَ ، فلم يَقْطَعْهُ ^(٦٨) . وللشَّاهِدِ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهَا ؛ لِتَكُونَ الشَّهَادَةُ وَاقِعَةً عَلَى عَيْنِهَا . قال أحمد : لَا يَشْهَدُ عَلَى امْرَأَةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا . وإنْ عَامَلَ امْرَأَةً فِي بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ ، فَلَهُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا ؛ لِيَعْلَمَهَا بِعَيْنِهَا ، فَيَرْجِعَ عَلَيْهَا بِالذِّكْرِ . وقد رَوَى عَنْ أَحْمَدَ كَرَاهَةً ^(٦٩) ذَلِكَ فِي / حَقِّ الشَّابَّةِ دُونَ الْعَجُوزِ . وَلَعَلَّهُ كَرِهَهُ لِمَنْ يَخَافُ الْفِتْنَةَ ، أَوْ يَسْتَعْنِي عَنْ الْمُعَامَلَةِ ، فَأَمَّا مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِ الشَّهْوَةِ ، فَلَا بَأْسَ .

ظ ٤٩/٧

فصل : فَأَمَّا نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الْأَجْنَبِيَّةِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ ، فَإِنَّهُ مُحَرَّمٌ إِلَى جَمِيعِهَا ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ . قال أحمد : لَا يَأْكُلُ مَعَ مُطَلَّقَتِهِ ، هُوَ أَجْنَبِيٌّ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ

(٦٦) في م : « فلا » .

(٦٧) أخرجه البخاري ، في : باب إذا نزل العدو على حكم رجل ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب مناقب سعد بن معاذ ، من كتاب المناقب ، وفي : باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ... ، من كتاب المغازي ، وفي : باب قول النبي ﷺ : قوموا إلى سيدكم ، من كتاب الاستئذان ، صحيح البخاري ٤ / ٨١ ، ٨٢ ، ٥ ، ١٢ / ١٤٣ ، ١٤٤ ، ٨ / ٧٢ ، ٧٣ . ومسلم ، في : باب جواز قتال من نقض العهد ... ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٨٨ ، ١٣٨٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في النزول على الحكم ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٧٨ ، ٧٩ . والدارمي ، في : باب نزول أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢ / ٢٣٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٢٢ ، ٧١ .

(٦٨) أخرجه البيهقي ، في : باب البلوغ بالإنبات ، من كتاب الحجر . السنن الكبرى ٦ / ٥٨ . وعبد الرزاق ، في : باب لا حد على من لم يبلغ الحلم ووقت الحلم ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب لا قطع على من لم يحتلم ، من كتاب اللقطة . المصنف ٧ / ٣٣٨ ، ١٠ ، ١٧٧ ، ١٧٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الغلام يسرق أو يأتي الحد ، من كتاب الحدود . المصنف ٩ / ٤٨٥ .

(٦٩) في الأصل : « كراهية » .

إليها ، كيف يأكل معها ينظرُ إلى كفِّها^(٧٠) ! لا يحِلُّ له ذلك . وقال القاضي : يَحْرُمُ عليه النَّظَرُ إلى ما عدا الوجه والكفين ؛ لأنَّه عَوْرَةٌ ، وبإِحْاحٍ له النَّظَرُ إليهما^(٧١) مع الكراهة إذا أَمِنَ الْفِتْنَةَ ، وَنَظَرَ لغيرِ^(٧٢) شَهْوَةٍ . وهذا مذهبُ الشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ . قال ابنُ عباسٍ : الوجه والكفين . وَرَوَتْ عائِشَةُ ، أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ ، دَخَلَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ثِيَابٍ رِقَاقٍ ، فَأَعْرَضَ عَنْهَا ، وَقَالَ : « يَا أَسْمَاءُ ، إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ لَمْ يَصْلُحْ أَنْ يَرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا وَهَذَا » . وأشار إلى وَجْهِهِ وَكَفْيِهِ^(٧٣) . رواه أبو بكرٍ ، وغيره . ولأنَّه ليس بعَوْرَةٍ ، فلم يَحْرُمِ النَّظَرُ إليه بغيرِ رِيَّةٍ ، كَوَجْهِ الرَّجُلِ . ولنا ، قَوْلُ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ﴾^(٧٤) . وقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا كَانَ لِأَخِي كُنٌّ مُكَاتَّبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُودَى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »^(٧٥) . وعن أُمِّ سَلَمَةَ ، قالت : كنتُ قَاعِدَةً عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَا وَخَفْصَةُ ، فَاسْتَأْذَنَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « احْتَجِبِي مِنْهُ » . رواه أبو داود^(٧٦) . وكان الفضلُ بنُ عباسٍ رَدِيفَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَعَجَّاهُ^(٧٧) الْخَنْعَمِيَّةُ تُسْتَفْتِيهِ ، فَجَعَلَ الْفَضْلُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا وَتَنْظُرُ إِلَيْهِ ، فَصَرَفَ رَسُولُ اللَّهِ

(٧٠) في ا ، ب : « كفِّها » .

(٧١) في م : « إليها » .

(٧٢) في الأصل : « بغير » .

(٧٣) أخرجه أبو داود ، في : باب فيما تبدى المرأة من زينتها ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٢ / ٣٨٣ . والبيهقي ، في : باب تخصيص الوجه والكفين بجواز النظر إليها عند الحاجة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٨٦ .

(٧٤) سورة الأحزاب ٥٣ .

(٧٥) تقدم تخريجها في صفحة ١٢٥ .

(٧٦) في : باب في قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٢ / ٣٨٤ . كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في احتجاب النساء من الرجال ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠ / ٢٣٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٢٩٦ .

(٧٧) في الأصل زيادة : « أسماء » .

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَجْهَهُ عَنْهَا^(٧٨) . وعن جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قال : سألتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ عن نَظْرَةِ^(٧٩) الفُجَاءَةِ ، فَأَمَرَنِي أَنْ أَصْرِفَ بَصَرِي . حديثٌ^(٨٠) صحيحٌ . وعن عليٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قال : قال لي رسولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَتَّبِعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ ، فَإِنَّمَا لَكَ الْأُولَى ، وَلَيْسَتْ لَكَ الْآخِرَةُ » . رواهما أبو داود^(٨١) . وفي إِبَاحَةِ النَّظَرِ إِلَى الْمَرْأَةِ إِذَا أَرَادَ^(٨٢) أَنْ يَتَزَوَّجَهَا^(٨٢) دليلٌ على التَّحْرِيمِ عِنْدَ عَدَمِ ذَلِكَ ، إِذْ لَوْ كَانَ مُبَاحًا عَلَى الْإِطْلَاقِ ، فَمَا وَجَّهَهُ التَّخْصِيسُ لِهَذِهِ ؟ وَأَمَّا حَدِيثُ أَسْمَاءَ - إِنْ صَحَّ - فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ / كَانَ قَبْلَ نُزُولِ الْحِجَابِ ، فَتَحْمِلُهُ عَلَيْهِ .

٥٠/٧

فصل : وَالْعَجُوزُ الَّتِي لَا يُشْتَهَى مِثْلُهَا ، لَا بَأْسَ بِالنَّظَرِ إِلَى مَا يَظْهَرُ مِنْهَا غَالِبًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾^(٨٣) . الْآيَةُ . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ^(٨٤) ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أُبْصَرِهِمْ ﴾^(٨٥) ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُضْنَ مِنْ أُبْصَرِهِنَّ ﴾^(٨٦) . الْآيَةُ قَالَ^(٨٧) : فَتَسَخَّرَ وَاسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ : ﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ الْآيَةُ . وَفِي مَعْنَى ذَلِكَ الشَّوْهَاءُ الَّتِي^(٨٨) لَا تُشْتَهَى .

(٧٨) تقدم تخريجه في حديث جابر الطويل ، في : ٥ / ١٥٦ .

(٧٩) في الأصل ، م : « نظر » .

(٨٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٨١) في : باب فيما يؤمر به من غض البصر ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٥ ، ٤٩٦ .

كما أخرج الأول الدارمي ، في : باب في نظرة الفجاءة ، من كتاب الاستبذان . سنن الدارمي ٢ / ٢٧٨ . وأخرج

الثاني الدارمي ، في : باب في حفظ السمع ، من كتاب الرقاق . سنن الدارمي ٢ / ٢٩٨ . والإمام أحمد ، في :

المسند ٥ / ٣٥١ ، ٣٥٢ ، ٣٥٧ .

(٨٢) (٨٢-٨٢) في ١ ، ب ، م : « تزويجها » .

(٨٣) سورة النور ٦٠ .

(٨٤) سقط من : م .

(٨٥) سورة النور ٣٠ .

(٨٦) سورة النور ٣١ .

(٨٧) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٨٨) في الأصل : « لكونها » .

فصل : والأمة يُباح النظرُ منها إلى ما يظهرُ غالبًا ، كالوجه ، والرأس ، واليدين ، والساقين ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، رأى ^(٨٩) أمةً مُتَكَمِّمَةً ^(٩٠) ، فضربها بالدُّرَّة ، وقال : يالكاع ، تَتَشَبَّهِينَ بِالْحَرَائِرِ ! وَرَوَى أَبُو حَفْصٍ بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ عُمَرَ كَانَ لَا يَدْعُ أُمَّةً تَقْنَعُ فِي خِلَافَتِهِ ، وَقَالَ : إِنَّمَا الْقِنَاعُ لِلْحَرَائِرِ ^(٩١) . وَلَوْ كَانَ نَظَرُ ذَلِكَ مِنْهَا ^(٩٢) مُحَرَّمًا لَمْ يَمْنَعْ مِنْ سِتْرِهِ ، بَلْ أَمَرَ بِهِ . وَقَدْ رَوَى أَنَسٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، لَمَّا أَخَذَ صَفِيَّةَ قَالَ النَّاسُ : لَا نَذَرِي ، أَجْعَلَهَا أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ ، أَمْ أُمَّ وَلَدٍ ؟ فَقَالُوا : إِنْ حَجَبَهَا فَهِيَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ ، وَإِنْ لَمْ يَحْجُبْهَا فَهِيَ أُمَّ وَلَدٍ . فَلَمَّا رَكِبَ ، وَطَأَّهَا خَلْفَهُ ، وَمَدَّ الْحِجَابَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩٣) . وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ عَدَمَ حَجَبِ الْإِمَاءِ كَانَ مُسْتَفِيزًا بَيْنَهُمْ مَشْهُورًا ، وَأَنَّ الْحَجَبَ لَغَيْرِهِنَّ كَانَ مَعْلُومًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يُبَاحُ النَّظَرُ مِنْهَا إِلَى مَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ ، وَهُوَ مَا فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحْتَ الرُّكْبَةِ . وَسَوَّى بَعْضُ أَصْحَابِنَا بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾ . الْآيَةُ ، وَلِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي تَحْرِيمِ النَّظَرِ الْخَوْفُ مِنَ الْفِتْنَةِ ، وَالْفِتْنَةُ الْمَخُوفَةُ تَسْتَوِي فِيهَا الْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ ، فَإِنَّ الْحُرِّيَّةَ حُكْمٌ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْأَمْرِ الطَّبِيعِيِّ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَدُلُّ عَلَى التَّخْصِيسِ ، وَيُوجِبُ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ لَمْ يَفْتَرِقَا فِيمَا ذَكَرُوهُ ، افْتَرَقَا فِي الْحُرْمَةِ ، وَفِي مَشَقَّةِ السِّتْرِ ، لَكِنْ إِنْ كَانَتِ الْأَمَةُ جَمِيلَةً يُخَافُ الْفِتْنَةُ بِهَا ، حُرِّمَ النَّظَرُ إِلَيْهَا ، كَمَا يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَى الْعِلَامِ الَّذِي تُخْشَى الْفِتْنَةُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي الْأَمَةِ إِذَا كَانَتْ جَمِيلَةً : تَنْتَقِبُ ، وَلَا يَنْظَرُ إِلَى الْمَمْلُوكَةِ ، كَمَنْ نَظَرَةَ الْقَتْلَ فِي قَلْبِ صَاحِبِهَا الْبَلَابِلَ .

فصل : فَأَمَّا الطِّفْلَةُ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلنِّكَاحِ ، فَلَا بَأْسَ بِالنَّظَرِ إِلَيْهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي ٥٠/٧ ط

(٨٩-٨٩) في م : « امرأة متلثمة » . وفي مصدرى التخریج التالین : « أمة متقنعة » .

(٩٠) أخرج الأثرین ابن أبی شیبہ ، فی : باب فی الأمة تصلی بغير حمار ، من كتاب الصلوات . المصنف ٢ / ٢٣٠ .
وعبد الرزاق ، فی : باب الخمار ، من كتاب الصلاة . المصنف ٣ / ١٣٦ .

(٩١) فی ب : « منهما » .

(٩٢) تقدم تخريجه فی صفحة ٣٤٨ .

رواية الأثرم ، في الرَّجُل^(٩٣) يأخذ الصغيرة ، فيضعها في حجره ، ويُقبلها : فإن كان يجد شهوة فلا ، وإن كان لغير شهوة ، فلا بأس . وقد روى أبو بكر ، بإسناده عن عمر ابن حفص المديني ، أن الزبير بن العوام ، أرسل بابتة له إلى عمر بن الخطاب ، مع مولاة له ، فأخذها عمر بيده ، وقال : ابنة أبي عبد الله . فتحركت الأجراس من^(٩٤) رجلها^(٩٥) . فأخذها عمر فقطعها ، وقال : قال رسول الله ﷺ : « مع كل جرس شيطان »^(٩٦) . فأما إذا بلغت حداً تصلح معه^(٩٧) للنكاح ، كابتة تسع ، فإن عورتها مخالفة لعورة البالغة ، بدليل قوله عليه السلام : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار »^(٩٨) . فدل^(٩٩) على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس ، فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم ، كقولنا في الغلام المراهق مع النساء . وقد روى أبو بكر ، عن ابن جريج ، قال : قالت عائشة : دخلت على ابنة أخي مزيئة ، فدخل على النبي ﷺ ، فأعرض ، فقلت : يا رسول الله ، إنها ابنة أخي وجارية . فقال : « إذا عركت المرأة^(١٠٠) لم يجز لها^(١٠١) أن تظهر إلا وجهها وإلا^(١٠٢) ما^(١٠٣) دون هذا » . وقبض على ذراع نفسه ، فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها^(١٠٤) .

(٩٣) في م : « رجل » .

(٩٤) في ب : « في » .

(٩٥) في ا ، ب ، م : « رجلها » .

(٩٦) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الجلالجل ، من كتاب الخاتم . سنن أبي داود ٢ / ٤٠٨ .

(٩٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٩٨) تقدم تخريجه في : ٢ / ٢٨٣ .

(٩٩) في الأصل : « ويدل » ، وفي ا ، ب : « يدل » .

(١٠٠) عركت المرأة : حاضت .

(١٠١) سقط من : ب .

(١٠٢) في الأصل ، ب : « ولا » .

(١٠٣) في الأصل : « وما » .

(١٠٤) أورده ابن جرير الطبري ، في : تفسير سورة النور الآية ٣١ . تفسير الطبري ١٨ / ١١٩ .

وذكر حديث أسماء : « إِذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ لَمْ يَصْلُحْ أَنْ يَرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا وَهَذَا » .
وأشار إلى وجهه وكفّيه^(١٠٥) . واحتج أحمد بهذا الحديث ، وتخصيص^(١٠٦) الحائض بهذا
التحديد دليل على إباحة^(١٠٧) أكثر من ذلك في حق غيرها .

فصل : وَمَنْ ذَهَبَتْ شَهْوَتُهُ مِنَ الرِّجَالِ ، لَكَبِيرٍ ، أَوْ عُنَّةٍ ، أَوْ مَرَضٍ لَا يُرْجَى بُرُوءُهُ ،
أَوْ الْخَصْيُ ، أَوْ الشَّيْخُ ، أَوْ الْمُخَنَّثُ الَّذِي لَا شَهْوَةَ لَهُ ، فَحُكْمُهُ حَكْمُ ذِي^(١٠٨)
الْمَحْرَمِ فِي النَّظَرِ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ
الرِّجَالِ ﴾^(١٠٩) . أى غير أولى الحاجة إلى النساء . قال ابن عباس : هو الذى لا
تستجى منه النساء . وعنه : هو الْمُخَنَّثُ الَّذِي لَا يَقُومُ زُبُهُ^(١١٠) . وعن مجاهد وقتادة :
الذى لا أرب له فى النساء . فإن كان الْمُخَنَّثُ ذا شهوة ، ويعرف أمر النساء ، فحكمه
حكم غيره ؛ لأن عائشة قالت : دَخَلَ عَلَى أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ مُخَنَّثٌ ، فكانوا يُعَدُّونَهُ مِنْ
غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ^(١١١) ، فَدَخَلَ عَلَيْنَا النَّبِيُّ ﷺ ، وَهُوَ يَنْعَتُ امْرَأَةً ، أَنَّهَا إِذَا أَقْبَلَتْ
أَقْبَلْتُ بِأَرْبَعٍ ، وَإِذَا أَذْبَرَتْ أَذْبَرْتُ بِثَمَانٍ . فقال النبى ﷺ : « أَلَا أَرَى هَذَا يَعْلَمُ مَا
هَهُنَا ؟ لَا يَدْخُلُنَّ عَلَيْكُنَّ^(١١٢) هَذَا » . فَحَجَبُوهُ . رواه أبو داود^(١١٣) ، وغيره . قال ابن

(١٠٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٩ .

(١٠٦) فى ب : « وتخص » .

(١٠٧) سقط من : ب .

(١٠٨) فى ب ، م : « ذى » .

(١٠٩) سورة النور ٣١ .

(١١٠) فى م : « ذكره » .

(١١١) فى م زيادة : « من الرجال » .

(١١٢) فى م : « عليكم » .

(١١٣) فى : باب فى قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة الطائف فى شوال ... ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٥ / ١٩٨ .
ومسلم ، فى : باب منع المخنث من الدخول على النساء الأجانب ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧١٦ .
وابن ماجه ، فى : باب فى المخنثين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٣ . والإمام مالك ، فى : باب ماجاء
فى المؤنث من الرجال ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢ / ٧٦٧ .

عبد البر : ليس الْمُخَنَّثُ الذي تُعْرَفُ / فيه الفاحشةُ خاصَّةً ، وإنَّما التَّخْنِثُ^(١١٤) شِدَّةُ^(١١٥) التَّأْنِثِ^(١١٦) في الْخَلْقَةِ ، حتى يُشَبِّهَ المرأةَ في اللَّيْنِ ، والكَلَامِ ، والنَّظَرِ ، والنَّعْمَةِ ، والعَقْلِ ، فإذا كان كذلك ، لم يَكُنْ له في النِّسَاءِ إِرْبٌ ، وكان لا يَفْطِنُ لأُمُورِ النِّسَاءِ ، وهو من غيرِ أُولَى الإِرْبَةِ الذين أُبِيحَ لهم الدُّخُولُ على النِّسَاءِ ، ألا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يَمْنَعْ ذلك الْمُخَنَّثُ من الدُّخُولِ على نِسَائِهِ ، فَلَمَّا سَمِعَهُ يَصِفُ ابْنَةَ غَيْلَانَ ، وَفِيهِمْ أَمْرُ النِّسَاءِ ، أَمَرَ بِحَجْبِهِ ؟

فصل : فَأَمَّا الرَّجُلُ مع الرجلِ ، فلكلِّ واحدٍ منهما النَّظَرُ من صاحِبِهِ إلى ما ليس بَعَوْرَةٍ . وفي حَدِّها رِوَايتَانِ ؛ إحداهما ، ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ . والأُخْرَى الْفَرْجَانِ . وقد ذَكَرْنَاهُمَا في كتابِ الصَّلَاةِ^(١١٧) . ولا فَرْقَ بين الأَمْرِدِ وذِي اللَّحْيَةِ ، إِلَّا أَنَّ الأَمْرِدَ إِنْ كَانَ جَمِيلًا ، يُخَافُ الْفِتْنَةَ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ ، لم يَجْزُ تَعَمُّدُ النَّظَرِ إِلَيْهِ . وقد رَوَى عن الشَّعْبِيِّ ، قال : قَدِمَ وَفَدَ عَبْدُ الْقَيْسِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ ، وفيهم غُلَامٌ أَمْرِدٌ ، ظَاهِرُ الْوَضَاعَةِ ، فَأَجْلَسَهُ النَّبِيُّ ﷺ وراءَ ظَهْرِهِ . رواه أَبُو حَفْصٍ^(١١٨) . قال المَرْوُذِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا بَكْرٍ الْأَعْيَنَ^(١١٩) يَقُولُ : قَدِمَ عَلَيْنَا إِنْسَانٌ مِنْ خُرَاسَانَ ، صَدِيقٌ لَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، ومعه غُلَامٌ ابْنُ أُخْتٍ لَهُ ، وكان جَمِيلًا ، فَمَضَى إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ فَحَدَّثَهُ ، فلما قُمْنَا خَلَا بِالرَّجُلِ ، وقال له : مَنْ هَذَا الْغُلَامُ مِنْكَ ؟ قال : ابْنُ أُخْتِي . قال : إِذَا جِئْتَنِي لَا يَكُونُ مَعَكَ ، والذي أَرَى لَكَ أَنْ لَا يَمْشِيَ

(١١٤) في ب : « المخنث » .

(١١٥) في م : « بشدة » .

(١١٦) في ب : « التأنيث » .

(١١٧) في : ٢ / ٢٨٤ .

(١١٨) قال ابن حجر : إسناده واهٍ ، انظر : باب ما جاء في استحباب النكاح ، من كتاب النكاح . التلخيص

٣ / ١٤٨ . وإرواء الغليل ٦ / ٢١٢ .

(١١٩) أبو بكر الحسن بن طريف الأعين ، بغدادى ، توفى سنة أربعين ومائتين . اللباب ١ / ٦١ .

معك في طريق . فأما الغلام الذي لم يبلغ سبعا^(١٢٠) فلا عورة له يحرم النظر إليها . وقد روى عن ابن أبي ليلى ، عن أبيه ، قال : كنا جلوسا عند النبي ﷺ ، قال : فجاء الحسن ، فجعل يتمرغ عليه ، فرفع^(١٢١) مقدم قميصه ، أراه قال : فقبل ربيته . رواه أبو حفص^(١٢٢) .

فصل : وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ، ولا فرق بين المسلمتين ، وبين المسلمة والذمية ، كما لا فرق بين الرجلين المسلمين ، وبين المسلم والذمي ، في النظر . قال أحمد : ذهب بعض الناس إلى أنها لا تصنع خمارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فاذهب^(١٢٣) إلى أنها لا تنظر^(١٢٤) إلى الفرج ، ولا تقبلها حين تلد . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أن المسلمة لا تكشف فئاعها عند الذمية ، ولا تدخل معها الحمام . وهو قول مكحول ، وسليمان^(١٢٥) بن موسى ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ ﴾^(١٢٦) . والأول أولى ؛ لأن النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن ، قد كن يدخلن على نساء النبي ﷺ ، فلم يكن / يحتجبن ، ولا أمرن بحجاب ، وقد قالت عائشة : جاءت يهودية تسألها ، فقالت : أعاذك الله من عذاب القبر . فسألت عائشة رسول الله ﷺ . وذكر الحديث^(١٢٧) . وقالت أسماء : قدمت على أمي ، وهي

٥١/٧ ظ

(١٢٠) في ١ ، م : « تسعا » .

(١٢١) في م : « فوقع » .

(١٢٢) وأخرجه البيهقي ، في : باب ترك الوضوء من مس الفرج بظهر الكف ، من كتاب الطهارة . السنن الكبرى

١ / ١٣٧ . وسبق وروده في : ١ / ٢٤٣ .

(١٢٣-١٢٤) سقط من : الأصل .

(١٢٤) في م : « وسلم » .

(١٢٥) سورة النور ٣١ .

(١٢٦) أخرجه البخاري ، في : باب التعوذ من عذاب القبر ، وباب صلاة الكسوف في المسجد ، من كتاب

الصلاة . وفي : باب ما جاء في عذاب القبر ، من كتاب الجنائز . صحيح البخاري ٢ / ٤٥ ، ٤٧ ، ١٢٣ .

والنسائي ، في : باب نوع آخر ، من كتاب الكسوف . المجتبى ٣ / ١٠٩ ، ١١٠ . والدارمي ، في : باب الصلاة

عند الكسوف ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ١ / ٣٥٩ . وإمام مالك ، في : باب العمل في صلاة =

راغبة - يعنى عن الإسلام - فسألت رسول الله ﷺ أصلها ؟ قال : « نَعَمْ » ^(١٢٧) .
ولأنَّ الحَجْبَ بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذميمة ، فوجب أن لا يثبت
الحجب بينهما ، كالمسلم مع الذمى ، ولأنَّ الحجاب إنما ^(١٢٨) يجب بنص أو قياس ،
ولم يوجد واحد منهما . فأما قوله : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ ﴾ . فيحتمل أن يكون المراد به ^(١٢٩)
جُمْلَةُ النساء .

فصل : فأما نظَرُ المرأة إلى الرجل ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لها النظرُ إلى ما ليس
بعورة . والأخرى : لا يجوز لها النظرُ من الرجل إلا إلى مثل ما ينظرُ إليه منها . اختاره أبو
بكر . وهذا ^(١٣٠) أحد قولَي الشافعى ، لما روى الزهرى ، عن نُبهان ، عن أم سلمة ،
قالت : كنتُ قاعدةً عند النَّبِيِّ ﷺ ، أنا وحَفْصَةُ ، فاستأذن ابنُ أم مكتوم ، فقال
النَّبِيُّ ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . فقلت : يا رسول الله ، إنه ضَرِيرٌ لا يبصرُ . قال :
« أَفَعَمِيَا وَإِنْ أَنْتُمَا لَا تَبْصِرَانِهِ ! » . رواه أبو داود ، وغيره ^(١٣١) . ولأنَّ الله تعالى أمر النساء
بَعْضُ أَبْصَارِهِنَّ ، كما أمر الرجال به ، ولأنَّ النساء أخذْنَ نَوْعِي الْأَدَمِيِّينَ ، فحُرِّمَ عليهنَّ
النظرُ إلى النَّوعِ الْآخَرِ قِيَاسًا عَلَى الرِّجَالِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْمَعْنَى الْمَحْرَمَ لِلنَّظَرِ خَوْفُ
الْفِتْنَةِ ، وهذا في المرأة أَبْلَغُ ، فَإِنَّهَا أَشَدُّ شَهْوَةً ، وَأَقْلُ عَقْلًا ، فَتُسَارِعُ الْفِتْنَةُ إِلَيْهَا أَكْثَرَ .
ولنا ، قول النَّبِيِّ ﷺ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ : « اعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ
أَعْمَى ، تَضَعِينَ ثِيَابَكَ فَلَا يَرَاكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٣٢) . وقالت عائشة : كان رسول الله

= الكسوف ، من كتاب صلاة الكسوف . الموطأ ١ / ١٨٧ ، ١٨٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٥٣ ،
١٧٤ ، ٢٣٨ .

(١٢٧) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٤ .

(١٢٨) في الأصل : « إما أن » .

(١٢٩) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٣٠) في ب : « وهو » .

(١٣١) تقدم تخريجه في صفحة ٤٩٩ .

(١٣٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٨ .

ﷺ يَسْتُرْنِي بِرِدَائِهِ ، وَأَنَا أَنْظُرُ إِلَى الْحَبَشَةِ يَلْعَبُونَ فِي الْمَسْجِدِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١٣٣) . وَيَوْمَ
فَرَّغَ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ خُطْبَةِ الْعِيدِ ، مَضَى إِلَى النِّسَاءِ فَذَكَرَهُنَّ ، وَمَعَهُ بِلَالٌ ، فَأَمَرَهُنَّ
بِالصَّدَقَةِ (١٣٤) . وَلَا تَنْهَنَ (١٣٥) لَوْ مُنِعَ النَّظَرُ ، لَوَجَبَ عَلَى الرِّجَالِ الْحِجَابُ ، كَمَا وَجَبَ
عَلَى النِّسَاءِ ، لِئَلَّا يَنْظُرْنَ إِلَيْهِمْ . فَأَمَّا حَدِيثُ ثَبَّهَانَ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : ثَبَّهَانُ رَوَى حَدِيثَيْنِ
عَجِيبَيْنِ . يَعْنِي هَذَا الْحَدِيثَ ، وَحَدِيثَ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَّبٌ ، فَلْتَحْتَجِبْ
مِنْهُ » (١٣٦) . وَكَأَنَّهُ أَشَارَ إِلَى ضَعْفِ حَدِيثِهِ ، إِذْ لَمْ يَرَوْا إِلَّا هَذَيْنِ الْحَدِيثَيْنِ الْمُخَالَفَيْنِ
لِلْأَصُولِ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : ثَبَّهَانُ مَجْهُولٌ ، لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِرِوَايَةِ الرَّهْرِيِّ / عَنْهُ هَذَا
الْحَدِيثُ . وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ صَحِيحٌ . فَالْحُجَّةُ بِهِ لَازِمَةٌ . ثُمَّ يَحْتَمِلُ أَنَّ حَدِيثَ ثَبَّهَانَ
خَاصٌّ لِأَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ . كَذَلِكَ قَالَ أَحْمَدُ ، وَأَبُو دَاوُدَ . قَالَ الْأَثَرُ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ
اللَّهِ : كَانَ حَدِيثُ ثَبَّهَانَ لِأَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ خَاصَّةً ، وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ لِسَائِرِ النَّاسِ ؟
قَالَ : نَعَمْ . وَإِنْ قُدِّرَ التَّعَارُضُ فَتَقْدِيمُ الْأَحَادِيثِ الصَّحِيحَةِ أَوَّلَى مِنَ الْأَخْذِ بِحَدِيثِ
مُفْرَدٍ ، فِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ .

(١٣٣) أخرجه البخارى ، فى : باب أصحاب الحراب فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب إذا فاته العيد يصلى
ركعتين ... ، من كتاب العيدين ، وفى : باب قصة الحبش وقول النبى ﷺ : يا بنى أرفدة ، من كتاب المناقب ، وفى :
باب نظر المرأة إلى الحبش ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١ / ١٢٣ ، ٢ / ٢٩ ، ٤ / ٢٢٥ ،
٧ / ٤٨ ، ٤٩ . ومسلم ، فى : باب الرخصة فى اللعب الذى لا معصية فيه فى أيام العيد ، من كتاب العيدين .
صحيح مسلم ٢ / ٦٠٨ ، ٦٠٩ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب اللعب فى المسجد يوم العيد ... ، من كتاب العيدين . المجتبى ٣ / ١٥٩ .
والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٨٤ ، ٨٥ ، ١٦٦ ، ٢٤٧ ، ٢٧٠ .
(١٣٤) تقدم تخريجه فى : ٣ / ٢٧٨ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب خروج الصبيان إلى المصلى ،
وباب العلم الذى بالمصلى ، وباب موعظة الإمام النساء يوم العيد ، من كتاب العيدين ، وفى : باب والذين لم يبلغوا
الحلم ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢ / ٢٦ ، ٢٧ ، ٧ / ٥١ ، ٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى
صلاة العيدين ، من كتاب الإقامة . سنن ابن ماجه ١ / ٤٠٦ . والدارمى ، فى : باب صلاة العيدين بلا أذان ولا
إقامة ... ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١ / ٣٧٦ .
(١٣٥) فى الأصل : « ولأنه » .
(١٣٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٥ .

١١٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوْجُ أُمْتِهِ ^(١) ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ تُكُونَ عِنْدَهُمْ بِالنَّهَارِ ، وَيَنْتَعِبَهَا إِلَيْهِ بِاللَّيْلِ ، فَالْعَقْدُ وَالشَّرْطُ جَائِزَانِ ، وَعَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ مُدَّةَ مُقَامِهَا عِنْدَهُ)

أما الشرط فصحيح ؛ لأنه لا يُخلُ بمَقْصُودِ النِّكَاحِ ، فإنَّ الاستِمتاعَ إنَّما يكونُ ليلاً ، وإذا كان الشرطُ صحيحاً لم يَمْنَعْ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، فيكونان صحيحين . وعلى الزوج النَّفَقَةُ في الليل ؛ لأنها سَلِمَتْ نَفْسُهَا ^(٢) إليه فيه ، وليس عليه نفقة النَّهَارِ ؛ لأنها في مُقَابِلَةِ الاستِمتاعِ ، وهو لا يَتِمَّكُنُ من الاستِمتاعِ بها في تلك الحال . وإذا لم تُجبْ نفقة النَّهَارِ على الزوج ، وَجِبَتْ على السَّيِّدِ ، لأنها في خِدْمَتِهِ حَيْثُذُ ، ولأنَّها ^(٣) باقية على الأَصْلِ في وُجُوبِهَا على السَّيِّدِ ، فتكونُ نَفَقَتُهَا بينهما نَصْفَيْنِ ، وكذلك الكُسُوءُ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعي : ليس على الزوج شيءٌ من النَّفَقَةِ ؛ لأنها لا تُجبُ إلَّا بالتَّامِّينِ التَّامِّ ، ولم يُوجَدْ ، فلم يَجِبْ منها شيءٌ ، كالحُرَّةِ إذا بَدَلَتْ التَّسْلِيمَ في بعضِ الزَّمانِ دونَ بعضٍ . ولنا ، أنَّ النَّفَقَةَ عِرْضٌ في مُقَابِلَةِ الْمَنْفَعَةِ ، فَوَجِبَ منها بِقَدْرِ ما يَسْتَوْفِيهِ ، كالأَجْرَةِ في الإِجَارَةِ ، وفَارَقَتِ الْحُرَّةُ ؛ لَأَنَّ التَّسْلِيمَ عليها واجبٌ في جميعِ الزَّمانِ ، فإذا امْتَنَعَتْ منه ^(٤) في الْبَعْضِ ، فلم تُسَلِّمْ ما وَجِبَ عليها تَسْلِيمُهُ ، وههنا قد سَلَّمَ السَّيِّدُ جميعَ ما وَجِبَ عليه .

فصل : فإن زَوَّجَهَا من غير شَرِطٍ . فقال القاضي : الحكمُ فيه كما لو شَرَطَ ، وله اسْتِخْدَامُهَا نَهَارًا ، وعليه إِرْسَالُهَا لَيْلًا للاستِمتاعِ بها ؛ لأنه زَمَانُهُ ، وذلك لأنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ من أُمْتِهِ مَنَفَعَتَيْنِ ، منفعةَ الاسْتِخْدَامِ والاستِمتاعِ ، فإذا عَقَدَ على إحداهما ، لم

(١) في ١ ، ب ، م : « أمة » .

(٢) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٣) في ١ ، ب ، م : « أو لأنها » .

(٤) سقط من : ١ ، ب ، م .

يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهَا إِلَّا فِي زَمَنِ اسْتِيفَائِهَا ، كَمَا لَوْ أَجَرَهَا لِلخِدْمَةِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ تَسْلِيمُهَا إِلَّا فِي زَمَنِهَا وَهُوَ النَّهَارُ ، وَالنَّفَقَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ إِقَامَتِهَا عِنْدَهَا . وَإِنْ تَبَرَّعَ السَّيِّدُ بِإِرْسَالِهَا لَيْلًا وَنَهَارًا ، فَالْنَّفَقَةُ كُلُّهَا عَلَى الزَّوْجِ . وَإِنْ تَبَرَّعَ الزَّوْجُ بِتَرْكِهَا عِنْدَ السَّيِّدِ لَيْلًا وَنَهَارًا ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا عَنْهُ . وَلَوْ تَبَرَّعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِتَرْكِهَا عِنْدَ / الْآخَرِ ، وَتَدَافَعَا ، كَانَتْ نَفَقَتُهَا كُلُّهَا عَلَى الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ تَقْتَضِي (٥) « وَجُوبَ النَّفَقَةِ » ، مَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْ اسْتِمْتَاعِهَا ، عُدَّوَانًا أَوْ بِشْرَطٍ أَوْ نَحْوِهِ ، وَلِذَلِكَ تَجِبُ نَفَقَتُهَا مَعَ تَعَذُّرِ اسْتِمْتَاعِهَا بِمَرَضٍ أَوْ خِيْضٍ أَوْ نَحْوِهَا ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مِنَ السَّيِّدِ هُنَا مَنَعٌ (٦) وَجِبَتْ النَّفَقَةُ (٦) عَلَى الزَّوْجِ ؛ لَوْجُودِ الزَّوْجِيَّةِ الْمُقْتَضِيَةِ لَهَا ، وَعَدَمِ الْمَانِعِ مِنْهَا .

فصل : فَإِنْ أَرَادَ الزَّوْجُ السَّفَرَ بِهَا ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ خِدْمَتَهَا الْمُسْتَحَقَّةَ لِسَيِّدِهَا . وَإِنْ أَرَادَ السَّيِّدُ السَّفَرَ بِهَا ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ عَنْ ذَلِكَ ، وَقَالَ : مَا أَذْرِي . فَيَحْتَمِلُ الْمَنَعُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ حَقَّ الزَّوْجِ مِنْهَا ، فَمُنْعٌ مِنْهُ ، قِيَاسًا عَلَى مَا لَوْ مَنَعَهُ مِنْهُ مَعَ الْإِقَامَةِ ، وَلَأنَّهُ مَالِكٌ لِأَحَدَى مَنَفَعَتَيْهَا ، فَلَمْ يَمْلِكْ مَنَعُ الْآخَرِ مِنَ السَّفَرِ بِهَا ، كَالسَّيِّدِ ، وَكَمَا لَوْ أَجَرَهَا (٧) ثُمَّ أَرَادَ السَّفَرَ بِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ السَّفَرَ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ رَقَبَتِهَا ، كَسَيِّدِ الْعَبْدِ إِذَا زَوَّجَهُ . وَإِنْ شَرَطَ الزَّوْجُ أَنْ تُسَلَّمَ إِلَيْهِ الْأَمَةُ لَيْلًا وَنَهَارًا ، جَاز ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا كُلُّهَا ، وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي نَفْعِهَا (٨) .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ أَرَادَ التَّزْوُجَ ، أَنْ يَخْتَارَ ذَاتَ الدِّينِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِمَالِهَا ، وَلِحَسْبِهَا ، وَلِجَمَالِهَا ، وَلِدِينِهَا ، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٩) . وَيَخْتَارُ الْبِكْرَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « أَتَزَوَّجْتَ يَا

(٥-٥) في ب ، م : « وجوبها » .

(٦-٦) في م : « فالنفقة » .

(٧) في م : « أجراها » .

(٨) في ب ، م : « بضعها » .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب الأكلفاء في الدين ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٩ . ومسلم ،

في : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٦ ، ١٠٨٧ . =

جَابِرٌ ؟ » قال : قلت : نعم . قال : « بِكَرْ أُمِّ ثَيْبَا ؟ » . قال : قلت : بل ثَيْبَا . قال :
« فَهَلَّا بِكَرْ أُمَّهَا وَثَلَا عَيْبِكَ ؟ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٠) . وعن عَطَاءٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ
قال : « عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ ، فَإِنَّهُنَّ أَعَذِبُ أَفْوَاهَا ، وَأَنْقَى أَرْحَامًا » . رواه الإمام أحمد .
وفي ^(١١) رواية : « وَأَنْتَقِ أَرْحَامًا ^(١٢) » ، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ ^(١٣) . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ تَكُونَ مِنْ
نِسَاءٍ يُعْرَفْنَ بِكَثْرَةِ الْوِلَادَةِ ^(١٤) ؛ لما رَوَى عن أَنَسٍ ، قال : كان رسولُ الله ﷺ

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود
١ / ٤٧٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال ، من أبواب النكاح . عارضة الأحمدي
٤ / ٣٠٦ . والنسائي ، في : باب على ما تنكح المرأة ، وباب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبى
٦ / ٥٤ ، ٥٦ . وابن ماجه ، في : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٧ .
والدارمي ، في : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٤ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٢ / ٤٢٨ ، ٣ / ٨٠ ، ٨١ ، ٦ / ١٥٢ .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب شراء الدواب والحمير ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إذا وكل رجلاً أن يعطى
شيئاً ... ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب الشفاعة في وضع الدين ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب استئذان
الرجل الإمام ... ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب إذ همت طائفتان منكم أن تفشلا ... ، من كتاب المغازي ، وفي :
باب الثيبات ، وباب طلب الولد ، وباب تستحد المغيبة وتمتشط ، من كتاب النكاح ، وباب عون المرأة زوجها في ولده ،
من كتاب النفقات ، وفي : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخاري ٣ / ٨١ ، ١٣٢ ،
١٥٧ ، ٤ / ٦٣ ، ٥ / ١٢٣ ، ٦ / ٥٠ ، ٥١ ، ٨٥ ، ٨ / ١٠٢ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح
ذات الدين ، وباب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وفي : باب بيع البعير واستئثار ركوبه ، من كتاب
المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢١ ، ١٢٢٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٢ . والترمذي ، في :
الباب نفسه . عارضة الأحمدي ٥ / ١١١ ، وابن ماجه ، في الباب نفسه . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٨ . والدارمي ،
في الباب نفسه . سنن الدارمي ٢ / ١٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٢٩٤ ، ٣٠٢ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ،
٣٦٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

(١١) في ب ، م : « في » .

(١٢) أنتق أرحاماً : أكثر أولاداً .

(١٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٨ . والبيهقي ، في :
باب استحباب التزوج بالأبكار ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٨١ .

(١٤) في أ ، ب : « الأولاد » .

يَأْمُرُ بِالْبَاءَةِ ، وَيَنْهَى عَنِ التَّبْتُلِ نَهْيًا شَدِيدًا ، وَيَقُولُ : « تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُدُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رواه سعيّد^(١٥) . وَرَوَى مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ وَمَنْصِبٍ ، إِلَّا أَنَّهَا لَا تَلِدُ ، أَفَاتَزَوَّجُهَا ؟ فَنَهَاها ، ثُمَّ أَتَاهَا الثَّانِيَةَ ، فَنَهَاها ، ثُمَّ أَتَاهَا الثَّالِثَةَ ، فَقَالَ : « تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُدُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ بِكُمْ »^(١٦) . رواه النَّسَائِيُّ^(١٧) . وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « يَا بَنِي هَاشِمٍ ، عَلَيْكُمْ بِنِسَاءِ الْأَعَاجِمِ ، فَالْتِمِسُوا أَوْلَادَهُنَّ / فَإِنَّ فِي أَرْحَامِهِنَّ الْبَرَكَهَ »^(١٨) . وَيُخْتَارُ الْجَمِيلَةُ لِأَنَّهَا أَسْكَنُ لِنَفْسِهِ ، وَأَغْضُ لِبَصَرِهِ ، وَأَكْمَلُ لِمَوَدَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ شَرِعَ النَّظَرُ قَبْلَ النِّكَاحِ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدٍ ابْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِنَّمَا النِّسَاءُ لُعْبٌ ، فَإِذَا اتَّخَذَ أَحَدُكُمْ لُعْبَةً فَلْيَسْتَحْسِنْهَا »^(١٩) . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَيُّ النِّسَاءِ خَيْرٌ ؟ قَالَ^(٢٠) : « الَّتِي تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ ، وَلَا تُخَالِفُهُ فِي نَفْسِهَا وَلَا فِي مَالِهَا »^(٢١) بِمَا يَكْرَهُ . رواه النَّسَائِيُّ^(٢٢) . وَعَنْ يَحْيَى بْنِ جَعْدَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « خَيْرُ فَائِدَةٍ أَفَادَهَا الْمَرْءُ الْمُسْلِمُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، امْرَأَةٌ جَمِيلَةٌ ، تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَهَا ، وَتُحْفَظُهُ فِي غَيْبَتِهِ فِي مَالِهَا »^(٢٣) وَنَفْسِهَا . رواه سعيّد^(٢٤) .

٥٣/٧

(١٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٢ .

(١٦) في الأصل زيادة : « الأم » . وليست عند النسائي .

(١٧) في : باب كراهية تزويج العقيم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب النهي عن التزويج من لم يلد من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود

١ / ٤٧٣ .

(١٨) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

(١٩) في الأصل : « فليحسنها » . ولم نجده أيضا .

(٢٠) سقط من : ب ، م .

(٢١) في م : « ماله » . وهو عند النسائي كما هنا .

(٢٢) في : باب أي النساء خير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٦ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٥١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٨ .

(٢٣) في م : « ماله » .

(٢٤) في : باب الترغيب في النكاح . سنن سعيّد بن منصور ١ / ١٤١ .

ويختار ذات العقل، ويجنب الحمقاء؛ لأن النكاح يراد للعشرة، ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا^(٢٥) يطيب العيش^(٢٥) معها، وربما تعدى ذلك إلى ولدها. وقد قيل: اجتنبوا الحمقاء، فإن ولدها ضياع، وصحبته بلاء. ويختار الحسيبة؛ ليكون ولدها نجيباً، فإنه ربما أشبه أهلها، ونزع إليهم. وكان يقال: إذا أردت أن تتزوج^(٢٦) امرأة فانظر إلى أبيها^(٢٧) وأخيها^(٢٧). وعن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: «تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم»^(٢٨). ويختار الأجنبية؛ فإن ولدها أنجب، ولهذا يقال: اغتربوا لا ترضوا. يعني: انكحوا العرائب كي لا تضعف أولادكم. وقال بعضهم: العرائب أنجب، وبنات العم أصبر. ولأنه لا تؤمن^(٢٩) العداوة في النكاح، وإفضاؤه إلى الطلاق، فإذا كان في قرأته أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصليتها. والله أعلم.

(٢٥-٢٥) في الأصل: «تطيب العشرة».

(٢٦) في الأصل: «تنظر إلى». وفي أ، ب: «تزوج».

(٢٧-٢٧) في ب: «أمها وأختها».

(٢٨) أخرجه ابن ماجه، في: باب الأكفاء، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٣.

(٢٩) في الأصل زيادة: «من».

باب ما يَحْرُمُ نِكَاحُهُ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَهُ ، وَغَيْرَ ذَلِكَ

التَّحْرِيمُ لِلنِّكَاحِ ضَرْبَانِ ؛ تَحْرِيمٌ عَيْنٌ ، وَتَحْرِيمٌ جَمْعٌ . وَيَتَنَوَّعُ أَيْضًا نَوْعَيْنِ ؛ تَحْرِيمٌ نَسَبٍ ، وَتَحْرِيمٌ سَبَبٍ . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ، فَأَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ . وَالآيَةُ الَّتِي قَبْلُهَا وَالَّتِي بَعْدَهَا ^(١) ، وَأَمَّا السُّنَّةُ فَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَجْمَعُ الرَّجُلُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، وَلَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ خَالَئَتِهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَعَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ الرِّضَاعَةَ تَحَرَّمَ مَا تَحَرَّمَ الْوِلَادَةُ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ^(٣) . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى تَحْرِيمِ مَا نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى تَحْرِيمِهِ .

٥٣/٧ ط

١١٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَالْمُحْرَمَاتُ نِكَاحُهُنَّ بِالْأَنْسَابِ : الْأُمّهَاتُ ، وَالْبَنَاتُ ، وَالْأَخَوَاتُ ، وَالْعَمَّاتُ ، وَالْخَالَاتُ ، وَبَنَاتُ الْأَخِ ، وَبَنَاتُ الْأُخْتِ .

(١) الآيات ٢٢-٢٤ من سورة النساء .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٥ / ٧ .
ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٨ / ٢ - ١٠٣٠ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٦ ،
٤٧٧ . وابن ماجه ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه
١ / ٦٢١ . والدارمى ، فى : باب الحال التى يجوز للرجل أن يخطف فيها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى
٢ / ١٣٦ . والإمام مالك ، فى : باب مالا يجمع بينه من النساء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٢ .

(٣) فى : باب يحرم من الرضاة ما يحرم من الولادة ، من كتاب الرضاة . صحيح مسلم ١٠٦٨ / ٢ .
كما أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ما جاء فى بيوت
أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفى : باب : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ... ، من كتاب النكاح .
صحيح البخارى ٣ / ٢٢٢ ، ٤ / ١٠٠ ، ٧ / ١١ ، ١٢ .

والإمام مالك ، فى : باب رضاة الصغير ، من كتاب الرضاة . الموطأ ٢ / ٦٠١ .

والمَحْرَمَاتُ بِالْأَسْبَابِ : الْأُمّهَاتُ الْمُرْضِعَاتُ ، وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الرِّضَاعَةِ ،
وَأُمّهَاتُ النِّسَاءِ ، وَبَنَاتُ النِّسَاءِ اللَّاتِي دَخَلَ بِهِنَّ ، وَحَلَائِلُ الْأَبْنَاءِ ، وَزَوَاجَاتُ
الْأَبِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ (

وجملة ذلك أن المَنصُوصَ على تَحْرِيمِهِنَّ في الكتابِ أَرْبَعُ عَشْرَةَ ؛ سَبْعٌ بِالنَّسَبِ ،
وَاثْنَتَانِ بِالرِّضَاعِ ، وَأَرْبَعٌ بِالْمُصَاهَرَةِ ، وَوَاحِدَةٌ بِالْجَمْعِ . فَأَمَّا اللَّوَاتِي بِالنَّسَبِ
فَأُولَئِهِنَّ ^(١) الْأُمّهَاتُ ، وَهُنَّ كُلُّ مَنْ انْتَسَبَتْ إِلَيْهَا بِوِلَادَةٍ ، سَوَاءٌ وَقَعَ عَلَيْهَا اسْمُ الْأُمِّ
حَقِيقَةً ، وَهِيَ الَّتِي وَلَدَتْكَ ، أَوْ مَجَازًا ، وَهِيَ الَّتِي وَلَدَتْ مِنْ وَلَدِكَ وَإِنْ عَلَتْ ، مِنْ ذَلِكَ
جَدَّتَاكَ ^(٢) ؛ أُمُّ أُمِّكَ وَأُمُّ أَبِيكَ ، وَجَدَّتَا أُمِّكَ وَجَدَّتَا أَبِيكَ ، وَجَدَّتَا جَدَّتِكَ وَجَدَّتَا
أَجْدَادِكَ وَإِنْ عَلَوْنَ ^(٣) ، وَارثَاتِ كُنَّ أَوْ غَيْرَ وَارثَاتِ ، كُلُّهُنَّ أُمّهَاتُ مُحْرَمَاتٍ . ذَكَرَ أَبُو
هُرَيْرَةَ هَاجَرَ أُمِّ إِسْمَاعِيلَ ، فَقَالَ : تِلْكَ أُمُّكُمْ يَا بَنِي مَاءِ السَّمَاءِ ^(٤) . وَفِي الدُّعَاءِ : اللَّهُمَّ
صَلِّ عَلَى أَبِينَا آدَمَ وَأُمَّنَا حَوَّاءَ . وَابْنَاتُ ، وَهُنَّ كُلُّ أَنْثَى انْتَسَبَتْ إِلَيْكَ ^(٥) بِوِلَادَتِكَ ،
كَابْنَةِ الصُّلْبِ ، وَبَنَاتِ الْبَيْنِ وَابْنَاتِ وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، وَارثَاتِ أَوْ غَيْرَ وَارثَاتِ ،
كُلُّهُنَّ بَنَاتُ مُحْرَمَاتٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ . فَإِنَّ كُلَّ امْرَأَةٍ بِنْتُ آدَمَ ، كَمَا أَنَّ
كُلَّ رَجُلٍ ابْنُ آدَمَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ . وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْجِهَاتِ
الثَّلَاثِ ، مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ الْأَبِ ، أَوْ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾ . وَلَا
تُفْرِعَ عَلَيْهِنَّ . وَالْعَمَّاتُ أَخَوَاتُ الْأَبِ مِنَ الْجِهَاتِ الثَّلَاثِ ، وَأَخَوَاتُ الْأَجْدَادِ ^(٦) مِنْ قَبْلِ

(١) فِي م : « فَأُولَاهُنَّ » .

(٢) فِي م : « جَدَّتِكَ » .

(٣) فِي أ ، ب ، م : « عَلُوا » .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا ﴾ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ ، وَفِي : بَابِ
إِلَى مَنْ يَنْكَحُ ... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤ / ١٧١ ، ٧ / ٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ فَضَّلَ
الْخَلِيلَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، مِنْ كِتَابِ الْفَضَائِلِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٤ / ١٨٤١ .

(٥) فِي أ : « إِلَيْهَا » .

(٦) فِي م : « لِأَجْدَادِ » .

الأب ومن قبل الأم، قريباً كان الجدُّ أو بعيداً، وارثاً أو غير وارث؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَمَّا تَتَمَنَّوْنَ﴾ . والحالات أخوات الأم من الجهات الثلاث ، وأخوات الجدات وإن علون . وقد ذكرنا أن كلَّ جدَّة أم ، فكذلك كلُّ أختٍ لجدَّة خالة مُحَرَّمَةٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿وَحَالَاتُكُمْ﴾ .^(٧) وبناتُ الأخ ، كلُّ امرأةٍ انْتَسَبَتْ إلى أخٍ بولادةٍ فهي بنتُ أخٍ مُحَرَّمَةٍ من أيِّ جهةٍ كان الأخ ؛ لقوله تعالى : ﴿وَبَنَاتُ الْأَخِ﴾^(٨) . وبناتُ الأختِ كذلك أيضاً مُحَرَّمَاتٌ ، لقوله سبحانه وتعالى : ﴿وَبَنَاتُ الْأَخْتِ﴾ .

٥٤٤/٧

فهؤلاء المُحَرَّمَاتُ بالأنساب . / النوع الثاني ، المُحَرَّمَاتُ تَحْرِيمَ السَّبَبِ ، وهو قسمان : رِضَاعٌ ومُصَاهَرَةٌ ، فأما الرِّضَاعُ فالمنصوصُ على التَّحْرِيمِ فيه اثنتان ؛ الأمهاتُ المُرضِعاتُ ، وهُنَّ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكَ وَأُمَّهَاتُهُنَّ وَجَدَّاتُهُنَّ وإن عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، على حَسَبِ ما ذكرنا في النَّسَبِ ، مُحَرَّمَاتٌ بقوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرِّضَاعَةِ﴾ . كلُّ امرأةٍ أَرْضَعْتَكِ أُمُّهَا ، أو أَرْضَعْتَهَا أُمُّكَ ، أو أَرْضَعْتَكِ وإياها امرأةٌ واحدةٌ ، أو أَرْضَعْتَ أَنْتَ وهى من لَبَنٍ رَجُلٍ واحدٍ ، كَرَجُلٍ له امرأتان ، لهما منه لَبَنٌ ، أَرْضَعْتَكِ إحداهما ، وأَرْضَعْتَهَا الأُخْرَى ، فهي أختُكَ ، مُحَرَّمَةٌ عليك ؛ لقوله سبحانه : ﴿وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرِّضَاعَةِ﴾ . القسم الثاني ، تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، والمنصوصُ عليه أَرْبَعٌ ؛ أُمَّهَاتُ النِّسَاءِ ، فَمَنْ تَزَوَّجَ امرأةً حَرَّمَ عليه كلَّ أمِّها ، من نَسَبٍ أو رِضَاعٍ ، قَرِيبَةٍ أو بعيدَةٍ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ . نصُّ عليه أحمدُ . وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ ابنُ مسعودٍ ، وابنُ عمرَ ، وجابرٌ ، وعمرانُ بنُ حصينٍ ، وكثيرٌ من التابعين . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وحُكِيَ عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهَا لَا تُحَرَّمُ إِلَّا بِالْإِدْخَالِ^(٩) بِابْنَتِهَا ، كما لَا تُحَرَّمُ ابْنَتُهَا إِلَّا بِالْإِدْخَالِ^(٩) . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ . والمعقودُ عليها من نِسَائِهِ ، فَتَدْخُلُ أُمُّهَا فِي عُمُومِ الْآيَةِ . قال ابنُ عباسٍ : أَبْهَمُوا مَا أَبْهَمَ الْقُرْآنُ^(٩) . يعنى .

(٧-٧) سقط من : ب .

(٨-٨) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٩) أخرج نحوه البيهقي ، في : باب ما جاء في قول الله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ ... ، من كتاب النكاح . =

عَمُّوا حُكْمَهَا فِي كُلِّ حَالٍ ، وَلَا تَفْصِلُوا بَيْنَ الْمَذْخُولِ بِهَا وَبَيْنَ ^(١٠) غَيْرِهَا . وَرَوَى
 عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ،
 فَطَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ دَخَلَ بِهَا ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَبِيبَتَهُ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمًّا .
 رَوَاهُ أَبُو حَفْصٍ بِإِسْنَادِهِ ^(١١) . وَقَالَ زَيْدٌ : تُحْرَمُ بِالْذَّخُولِ أَوْ بِالْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ ^(١٢)
 مَقَامَ الدَّخُولِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يُوجِبُ التَّحْرِيمَ مُطْلَقًا ، سَوَاءً وَجَدَ الدَّخُولُ أَوْ الْمَوْتُ
 أَوْ لَا ، وَلَئِنَّهَا حُرِّمَتْ بِالصَّاهِرَةِ بِقَوْلِ مُبِهِم ، فَحُرِّمَتْ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، كَحَلِيلَةِ الْإِنِّ
 وَالْأَبِ . الثَّانِيَةِ ، بَنَاتُ النِّسَاءِ اللَّاتِي دَخَلَ بِهِنَّ ، وَهِنَّ الرِّبَائِبُ ، فَلَا يَحْرُمْنَ إِلَّا
 بِالْذَّخُولِ بِأُمَّهَاتِهِنَّ ، وَهِنَّ كُلُّ بِنْتٍ لِلزَّوْجَةِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ، قَرِيبَةٍ أَوْ بَعِيدَةٍ ، وَارِثَةٍ
 أَوْ غَيْرِ وَارِثَةٍ ، عَلَى حَسَبِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْبَنَاتِ ، إِذَا دَخَلَ بِالْأُمِّ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَتْ
 فِي حِجْرِهِ أَوْ لَمْ تَكُنْ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ
 عَنْهُمَا ، أَنَّهُمَا رَخَّصَا فِيهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ فِي حِجْرِهِ . وَهُوَ قَوْلُ / دَاوُدَ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى :
 ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَقَدْ أَجْمَعَ عُلَمَاءُ الْأُمُصَارِ
 عَلَى خِلَافِ هَذَا الْقَوْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا حَدِيثَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو فِي هَذَا ، وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ
 لِأُمِّ حَبِيبَةَ : « لَا تَعْرِضْنِ عَلَيَّ بَنَاتِكُنَّ ، وَلَا أَخَوَاتِكُنَّ » ^(١٣) . وَلِأَنَّ التَّرْبِيَةَ ^(١٤) لَا تَأْتِيهَا

٥٤٧/٥

= السنن الكبرى ٧ / ١٦٠ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فتמות ... السنن
 ١ / ٢٣٤ . وابن أبي شبة ، في : باب الرجل يتزوج المرأة ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٧٣ .
 (١٠) سقط من : الأصل .

(١١) وأخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قول الله تعالى ﴿ وَأُمَّهَاتُ نَسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي
 حُجُورِكُمْ ... ﴾ ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٠ . وعبد الرزاق ، في : باب أمهات نسائكم ، من
 كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٧٦ .

(١٢) في الأصل : « يقام » .

(١٣) أخرجه البخاري ، في : باب البنات ، وباب ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ... ، وباب ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ
 اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نَسَائِكُمْ ... ﴾ وباب ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ... ﴾ ، من كتاب النكاح ، وفي : باب
 الراضع من المواليات وغيرهن ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ٧ / ٦ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٨٧ . وأبو
 داود ، في : باب يحرم من الرضاة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٤ . والنسائي ،
 في : باب تحريم الجمع بين الأم والبنت ، وباب تحريم الجمع بين الأختين ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٨ ، ٧٩ .
 والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٢٩١ ، ٣٠٩ ، ٤٢٨ .
 (١٤) في الأصل : « القرية » .

في التحريم كسائر المحرمات . وأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفاً^(١٥) لها بغالب حالها ، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه . وإن لم يدخل المرأة لم تحرم عليه بناتها ، في قول عامة علماء الأمصار إذا بانث من نكاحه ، إلا أن تموت قبل الدخول ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، تحرم ابنتها . وبه قال زيد بن ثابت . وهي اختيار أبي بكر ؛ لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق ، فيقوم مقامه^(١٦) في تحريم الربيبة . والثانية : لا تحرم . وهو قول علي ، ومذهب عامة العلماء . قال ابن المنذر : أجمع عوام علماء الأمصار على^(١٧) أن الرجل إذا تزوج المرأة ، ثم طلقها ، أو ماتت قبل الدخول بها ، حل^(١٨) له أن يتزوج ابنتها . كذلك قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ومن تبعهم ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف ، وحديث عبد الله ابن عمرو ، وقد ذكرناه ، ولأنها فرقة قبل الدخول ، فلم تحرم الربيبة ، كفرقة الطلاق ، والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدة الأقراء ، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقه إياه من وجه آخر ، ولو قام مقامه من كل وجه ، فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره . إذا ثبت هذا ، فإن الدخول بها هو وطؤها ، كُنِيَ عنه بالدخول ، فإن خلاها ولم يطأها ، لم تحرم ابنتها ؛ لأنها غير مدخول بها . وظاهر قول^(١٩) الخرقى تحريمها ؛ لقوله : فإن خلاها وقال : لم أطأها . وصدقته ، لم يلتفت إلى قولهما^(٢٠) ، وكان حكمها حكم المدخول^(٢١) في

(١٥) في الأصل : « تعريفها » .

(١٦) في الأصل : « مقامها » .

(١٧) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٨) في م : « جاز » .

(١٩) في الأصل : « كلام » .

(٢٠) في الأصل ، م : « قولها » .

(٢١) في أ ، ب ، م : « الدخول » .

جميع أمورها ، إلا في الرجوع إلى زوج طَلَّقَهَا ثلاثاً ، وفي الزنى ، فإنَّهما يُجْلَدَانِ ولا يُرْجَمَانِ . وسنذكره فيما بعد ، إن شاء الله . الثالثة ، حَلَائِلُ الأبناء ، يعنى أزواجهم ، سُمِّيَتْ امرأة الرجل حَلِيلَتَهُ ^(٢٢) ؛ لأنَّها مَحَلُّ إِرَارِ زَوْجِهَا ، وهى مُحَلَّلَةٌ له ، فيَحْرُمُ على الرجل أزواج أبنائه ، وأبناء بناته ، من نَسَبٍ أو رِضَاعٍ ، قريباً كان أو بعيداً ، بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾ . ولا نعلم في هذا خلافاً .

الرابعة ، زَوَاجَاتُ / الأَبِ ، فَتَحْرُمُ على الرجل امرأة أبيه ، قريباً كان ^(٢٣) أو بعيداً ، وارثاً كان ^(٢٤) أو غير وارث ، من نَسَبٍ أو رِضَاعٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ . وقال البراء بن عازب : لَقِيتُ خَالِي ، ومعه الرَّايَةُ ، فَقُلْتُ : أَيْنَ تُرِيدُ ؟ قال : أُرْسَلَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إلى رجل تَزَوَّجَ امرأة أبيه من بَعْدِهِ أَنْ أَضْرِبَ عُنُقَهُ أَوْ أَقْتُلَهُ . رواه النَّسَائِيُّ ^(٢٥) . وفي رواية قال : لَقِيتُ عَمِّي الْحَارِثَ ابْنَ عَمْرٍو ، ومعه الرَّايَةُ . فذكر الخبر كذلك . رواه سعيد وغيره ^(٢٦) . وسواء في هذا امرأة أبيه ^(٢٧) ، أو امرأة جَدِّه لأبيه ، وَجَدِّه لأمِّه ، ^(٢٨) قَرَبَ أم بَعْدَ ^(٢٩) . وليس في هذا بين أهل الْعِلْمِ ^(٣٠) خِلَافٌ عِلْمُناه ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ . وَيَحْرُمُ عليه من وَطِئِهَا أبوه ، أو ابنته ، بِمِلْكِ يَمِينٍ أو شُبْهَةٍ ، كما يَحْرُمُ عليه من وَطِئِهَا في عَقْدِ نِكَاحٍ . قال ابن المنذر : الْمِلْكُ في هذا

(٢٢) في ١ ، ب ، م : « حليلة » .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٥) في : باب نكاح ما نكح الآباء ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٠ .

كما أخرجه الترمذى ، في : باب في من تزوج امرأة أبيه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى . وابن ماجه ، في : باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٦٩ . ولكنه ذكر اسم عم البراء . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٢٩٢ ، ٢٩٧ .

(٢٦) أخرجه سعيد ، في : باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة ... السنن ١ / ٢٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يزنى بحريمه ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٦٧ . والدارمى ،

في : باب الرجل يتزوج امرأة أبيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٣ .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨-٢٩) في الأصل : « قريباً أم بعيداً » .

والرَّضَاعُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ ، وَمَنْ حَفِظْنَا ذَلِكَ عَنْهُ ، عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَمَكْحُولٌ ، وَقَتَادَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَلَا نَحْفَظُ عَنْ أَحَدٍ خِلَافَهُمْ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، تَحْرِيمُ الْجَمْعِ . وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ، سَوَاءً كَانَتَا مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ ، حُرَّتَيْنِ كَانَتَا أَوْ أَمَتَيْنِ ، أَوْ حُرَّةً وَأَمَةً ، مِنْ أَبَوَيْنِ كَانَتَا أَوْ مِنْ أَبٍ أَوْ أُمٍّ ، وَسَوَاءً فِي هَذَا مَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ . فَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزْيَةَ لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى ^(٢٩) . وَسَوَاءً عَلِمَ بِذَلِكَ حَالِ الْعَقْدِ أَوْ بَعْدَهُ . فَإِنْ تَزَوَّجَ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ الْأُخْرَى ، فَنِكَاحُ الْأُولَى صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْصُلْ فِيهِ جَمْعٌ ، وَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ بِهِ يَخْصُلُ الْجَمْعُ ، وَلَيْسَ فِي هَذَا بِحَمْدِ اللَّهِ اخْتِلَافٌ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ تَفْرِيعٌ .

١١٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ)

كُلُّ امْرَأَةٍ حُرِّمَتْ مِنَ النَّسَبِ حُرْمٌ مِثْلُهَا مِنَ الرِّضَاعِ ، وَهُنَّ الْأُمّهَاتُ ، وَالْبَنَاتُ ، وَالْأُخُوَاتُ ، وَالْعَمَّاتُ ، وَالْخَالَاتُ ، وَبَنَاتُ الْأَخِ ، وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي شَرَّحْنَاهُ فِي النَّسَبِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ ^(١) النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَفِي رِوَايَةِ مُسْلِمٍ : « الرِّضَاعُ يُحْرِمُ مَا تُحْرِمُ الْوِلَادَةُ » .

(٢٩) فِي م : « الْآخِرَةُ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي : بَابِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْأَنْسَابِ وَالرِّضَاعِ الْمُسْتَفِيزِ ... ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ ، وَفِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي بَيْتِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ ، مِنْ كِتَابِ الْخُمْسِ ، وَفِي : بَابِ : ﴿ وَأُمّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ ، وَبَابِ لَا تَنْكِحِ الْمَرْأَةَ عَلَى عَمَّتِهَا ، وَبَابِ مَا يَحِلُّ مِنَ الدُّخُولِ وَالنَّظَرِ إِلَى النِّسَاءِ فِي الرِّضَاعِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣ / ٢٢٢ ، ٤ / ١٠٠ ، ٧ / ١٢ ، ١٥ ، ٤٩ . وَمُسْلِمٌ فِي : بَابِ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ ، وَبَابِ تَحْرِيمِ الرِّضَاعَةِ مِنْ مَاءِ الْفَحْلِ ، وَبَابِ تَحْرِيمِ ابْنَةِ الْأَخِ مِنَ الرِّضَاعَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢ / ١٠٦٨ ، ١٠٧٠ ، ١٠٧١ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ =

وقال النبي ﷺ ، في دُرَّة بنت أبي سلمة : « إِنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ رَيْبِي فِي حَجْرِي ، مَا حَلَّتْ لِي ، إِنَّهَا ابْنَةُ أَحَى مِنَ الرُّضَاعَةِ ، أَرْضَعْتَنِي وَأَبَاهَا ثَوْبِيَّةُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَلَئِنْ الْأُمّهَاتِ / وَالْأَخَوَاتِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِنَّ ، وَالْبَاقِيَاتِ يَدْخُلْنَ فِي عُمُومِ لَفْظِ سَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . ٥٥٠/٧ ظ

١١٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَبْنُ الْفَحْلِ مُحَرَّمٌ)

معناه أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أَرْضَعَتْ طِفْلاً بَلَبْنٍ ثَابَ ^(١) مِنْ وَطْءِ رَجُلٍ ، حُرِّمَ الطِّفْلُ عَلَى الرَّجُلِ وَأَقَارِبِهِ ، كَمَا يُحَرَّمُ وَلَدُهُ مِنَ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ مِنَ الرَّجُلِ كَمَا هُوَ مِنَ الْمَرْأَةِ ، فَيَصِيرُ الطِّفْلُ وَلَدًا لِلرَّجُلِ ، وَالرَّجُلُ أَبَاهُ ، وَأَوْلَادُ الرَّجُلِ إِخْوَتُهُ ، سَوَاءٌ كَانُوا مِنْ تِلْكَ الْمَرْأَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِهَا ، وَإِخْوَةُ الرَّجُلِ وَأَخَوَاتُهُ أَعْمَامُ الطِّفْلِ وَعَمَّائِهِ ، وَأَبَاؤُهُ وَأُمَّهَاتُهُ أَجْدَادُهُ وَجَدَّائِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَبْنُ الْفَحْلِ أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ ، فَتَرْضِعَ هَذِهِ صَبِيَّةً وَهَذِهِ صَبِيًّا ، لَا يَزْوُجُ هَذَا مِنْ هَذَا . وَسُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ عَنْ رَجُلٍ لَهُ جَارِيَتَانِ ، أَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا جَارِيَةً وَالْأُخْرَى غُلَامًا ، فَقَالَ : لَا ، اللَّقَاحُ وَاحِدٌ ^(٢) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا تَفْسِيرُ لَبْنِ

= ٤٧٤ / ١ . والنسائي ، في : باب ما يحرم من الرضاع ، وباب تحريم بنت الأخ من الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٨٢ / ٦ ، وابن ماجه ، في : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٣ / ١ . والدارمي ، في : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٦ / ٢ . والإمام مالك ، في : باب رضاعة الصغير ، وباب جامع ما جاء في الرضاعة ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠١ / ٢ ، والإمام أحمد ، في : المسند ٢٧٥ ، ٢٩٠ ، ٣٢٩ ، ٣٣٩ ، ٤٤ / ٦ ، ٥١ ، ٦٦ ، ١٧٨ ، ١٠٢ ، ٧٢ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ... ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب : ﴿ وَأُمّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ... ، وباب : ﴿ وَبَنَاتُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾ ... ، وباب : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ ، من كتاب النكاح ، وفي : باب المراضع من المواليات ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ٣ / ٢٢٢ ، ٧ / ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٨٧ . ومسلم ، في : باب تحريم الربيبة وأخت المرأة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٧٢ ، ١٠٧٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح ٤٧٤ / ١ . وابن ماجه ، في : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٤ / ١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩١ ، ٤٢٨ .

(١) ثاب : رجع .

(٢) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٩ ، ٩٠ . =

الفحل . وممن قال بتخريمه عليّ ، وابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ،
والحسن ، والشَّعْبِيُّ ، والقاسم ، وعروة ، ومالك ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشافعيّ ،
وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . قال ابن عبد البر :
وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز والعراق والشام ، وجماعة أهل الحديث . ورخص في
لبن الفحل سعيد بن المسيّب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار ، وعطاء
ابن يسار^(٣) ، والنخعيّ ، وأبو قلابة . ويروى^(٤) ذلك عن ابن الزبير ، وجماعة من
أصحاب رسول الله ﷺ غير مُسمّين ؛ لأنّ الرضاع من المرأة لا من الرجل . ويروى
عن زينب بنت أبي سلمة ، أنّها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر ، امرأة الزبير ، قالت :
وكان الزبير يدخل عليّ وأنا أمشط ، فيأخذ بقرن من قرون رأسي ، فيقول : أقبلي عليّ
فحدّثيني . أراه والدًا ، وما لكّدهم إخوتي ، ثم إنَّ عبد الله بن الزبير أرسل إليّ يحطّب
أمّ كلثوم ابنتي ، على حمزة بن الزبير ، وكان حمزة للكلبية ، فقلت لرسوله : وهل تجلّ
له ، وإنّما هي ابنة أُخته^(٥) ؟ فقال عبد الله : إنّما أردت بهذا المكع لما قبلك ، أمّا ما
ولدت أسماء فهم إخوتك ، وما كان من غير أسماء فليسوا لك بإخوة ، فأرسلني فسلي
عن هذا ، فأرسلت فسألت^(٦) ، وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون ، فقالوا لها : إنّ
الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئًا . فأنكحناها إياه ، فلم تزل عنده حتى هلك
عنها^(٧) . ولنا ، ما / روث عائشة ، رضي الله عنها ، أن أفلح أخا أبي القعيس ، استأذن

٥٦/٧

= والبيهقي ، في : باب يحرم من الرضاع ... ، من كتاب الرضاع . السنن الكبرى ٧ / ٤٥٣ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في ابنة الأخ من الرضاعة . السنن ١ / ٢٤٠ .

(٣) عطاء بن يسار المدني الفقيه ، مولى ميمونة أم المؤمنين ، ثقة ، توفي سنة ثلاث ومائة . العبر ١ / ١٢٥ .

(٤) في الأصل : « وروى » .

(٥) في ١ ، ب ، م : « أخيه » .

(٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٤٩٣ .

على بعد ما أنزل الحجاب ، فقلت : والله لا آذن له حتى أستاذن رسول الله ﷺ ، فإن أذا إلى القعيس ليس هو أرضعني ، ولكن أرضعني امرأة إلى القعيس ، فدخل على رسول الله ﷺ ، فقلت : يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ، ولكن أرضعني امرأته . فقال : « ائذني له ، فإنه عمك ، تربت يمينك » . قال عروة : فذلك كانت عائشة تأخذ بقول : حرموا^(٨) من الرضاع ما يحرم^(٩) من النسب . متفق عليه^(١٠) . وهذا نص^(١١) قاطع في محل النزاع ، فلا يعول على ما خالفه . فأما حديث زينب ، فإن صح فهو حجة لنا ، فإن الزبير كان يعتقدها^(١٢) ابنته ، وتعتقه أباها ، والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم ، وقوله مع إقرار أهل عصره^(١٣) ، أولى من قول ابنه وقول قوم لا يعرفون .

١١٤٧ - مسألة ؛ قال : (والجمع بين المرأة وعمتها)^(١) ، وبينها وبين خالتها)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به^(٢) . وليس فيه بحمد الله اختلاف ، إلا أن بعض^(٣) أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً ، وهم الرافضة والخوارج ، لم يحرموا ذلك ، ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ ، وهي ما روى أبو هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » . متفق

(٨) في م : « يحرم » .

(٩) في صحيح مسلم : « تحرمون » .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٤٩٣ .

(١١) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٢) في م : « يعتقدها » .

(١٣) في الأصل : « العصر » .

(١) في م : « وبين عمتها » .

(٢) في ب : « فيه » .

(٣) سقط من : ب .

عليه^(٤) . وفي رواية أبي داود : « لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا ، وَلَا الْعَمَّةُ عَلَى بَنَاتِ أُخِيهَا ، وَلَا الْمَرْأَةُ عَلَى خَالَاتِهَا ، وَلَا الْخَالَةُ عَلَى بَنَاتِ أُخْتِهَا ، لَا تُنْكَحُ الْكُبْرَى عَلَى الصَّغْرَى ، وَلَا الصَّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى »^(٥) . ولأنَّ الْعِلَّةَ فِي تَحْرِيمِ الْجَمْعِ بَيْنِ الْأُخْتَيْنِ إيقاعُ الْعِدَاوَةِ بَيْنِ الْأَقَارِبِ ، وإفضاؤه إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ الْمُحَرَّمِ^(٦) ، وهذا موجودٌ فيما ذَكَرْنَا . فَإِنْ اخْتَجُّوا بِعُمُومِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾^(٧) . خَصَّصْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَاهُ . وَبَلَّغْنَا أَنَّ رَجُلَيْنِ مِنَ الْخَوَارِجِ أَتَىا عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَكَانَ مِمَّا أَنْكَرَا عَلَيْهِ رَجْمَ الزَّانِئِينَ^(٨) ، وَتَحْرِيمَ الْجَمْعِ بَيْنِ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، وَبَيْنَهَا وَبَنَاتِ خَالَاتِهَا ، وَقَالَا : لَيْسَ هَذَا فِي^(٩) كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . فَقَالَ لَهَا : كَمْ فَرَضَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ مِنَ الصَّلَاةِ ؟ قَالَا : خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ . وَسَأَلَهُمَا عَنْ عِدَدِ رَكَعَاتِهَا ، فَأَخْبَرَاهُ بِذَلِكَ ، / وَسَلَّاهُمَا عَنْ مِقْدَارِ الزَّكَاةِ وَنُصْبِهَا ، فَأَخْبَرَاهُ . فَقَالَ : فَأَيْنَ تَجِدَانِ ذَلِكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ؟ قَالَا : لَا نَجِدُهُ فِي كِتَابِ اللَّهِ . قَالَ : فَمِنْ أَيْنَ صِرْتُمَا إِلَى ذَلِكَ ؟ قَالَا : فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْمُسْلِمُونَ بَعْدَهُ . قَالَ : فَكَذَلِكَ هَذَا . ثُمَّ لَا فَرْقَ بَيْنِ الْخَالَةِ وَالْعَمَّةِ ، حَقِيقَةً أَوْ مجَازًا ، كَعَمَّاتِ آبَائِهَا وَخَالَاتِهِمْ ، وَعَمَّاتِ أُمَّهَاتِهَا وَخَالَاتِهِنَّ ، وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، مِنْ نَسَبٍ كَانَ ذَلِكَ أَوْ مِنْ^(١٠) رِضَاعٍ ، فَكُلُّ شَخْصَيْنِ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ الْآخَرُ ، لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالْآخَرُ أُنْثَى لِأَجْلِ الْقَرَابَةِ ، لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، لِتَأْدِيَةِ ذَلِكَ إِلَى قَطِيعَةِ^(١١) الرَّحِمِ الْقَرِيبَةِ ، لِمَا فِي الطَّبَاعِ^(١٢) مِنَ التَّنَافُسِ وَالْغَيْرَةِ بَيْنِ

٥٦/٧ ظ

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٥١٣ .

(٥) سقط من : ١ .

(٦) سورة النساء ٢٤ .

(٧) في م : الزاني ، .

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : فهل ، .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل ، ب : قطع ، .

(١٢) في الأصل : ذلك ، .

الضرائر . ولا يجوز الجمع بين المرأة وأُمِّها في العقد ؛ لما ذكرناه ، ولأنَّ الأمَّ إلى ابنتها أقرب من الأختين ، فإذا لم يُجمع بين الأختين فالمرأة وبنتها أولى .

فصل : ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم ، وابنتي الخال ، في قول عامة أهل العلم ، لعدم النصَّ فيهما بالتحريم ، ودخولهما في عموم قوله تعالى : ﴿ وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . ولأنَّ إحداهما تحلُّ لها الأخرى لو كانت ذكراً ، وفي كراهية ذلك روايتان ؛ إحداهما : يُكره . روى ذلك عن ابن مسعود . وبه قال جابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، وسعيد بن عبد العزيز . وروى أبو حفص ، بإسناده عن عيسى بن طلحة ، قال : نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على ذى قرابتها ، كراهية^(١٣) القطيعة^(١٤) . ولأنَّه مُفضى إلى قطيعة الرِّحِم المأمور بصليتها ، فأقلُّ أحواله الكراهة . والأخرى ، لا يُكره . وهو قول سليمان بن يسار ، والشَّعْبِيّ ، وحسن^(١٥) بن حسن ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد ؛ لأنَّه ليست بينهما قرابة تُحرِّم الجمع ، فلا يقتضى كراهته ، كسائر الأقارب .

١١٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَقِدَ عَلَى الْمَرْأَةِ ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَى ابْنَيْهِ وَأَبِيهِ ، وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا ، وَالْجَدُّ وَإِنْ عَلَا فِيمَا قُلْتُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ ، وَابْنُ الْإِبْنِ فِيهِ وَإِنْ سَقَلَ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْنِ)

وجملة ذلك أنَّ المرأة إذا عَقَدَ الرجلُ عَقْدَ النكاح عليها ، حُرِّمَتْ على أبيه بمجرّد العقد عليها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾^(١) وهذه من حَلَائِلِ أَبْنَائِهِ ، وتُحرَّمُ على أبيه لقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ ﴾^(٢) وهذه قد نَكَحَهَا أبوه ، وتُحرَّمُ أمُّها عليه لقوله سبحانه : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾^(٣) وهذه مِنْهُنَّ . وليس في هذا

(١٣) في ب : : كراهة .

(١٤) وأخرجه عبد الرزاق ، في : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٦٣ .
(١٥) في ١ ، م : : وحسن . وفي حاشية ب تعريف به لم نستطع قراءته جميعه ، وفيه أنه كان من أفاضل أهل المدينة وعقلائهم ، ومن مشاهير التابعين ، سمع أباه .

ولهله : الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب ، ثقة ، توفي سنة سبع وتسعين . تهذيب التهذيب ٢ / ٢٦٣ .

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

اختلاف بحمد الله ، إلا شيء ذكرناه فيما تقدم . والجَدُّ كالأب في هذا ، وابنُ الابنِ كالابن / فيه ؛ لأنَّهم يَدْخُلُونَ في اسْمِ الآبَاءِ والأَبْنَاءِ ، وسواءٌ في هذا القَرِيبُ والبَعِيدُ ، والوارثُ وغيره ، من قَبْلِ الأبِ أو الأمِّ (٣) ، ومن وَلَدِ البَيْنِ أو وَلَدِ البَنَاتِ . وقد تقدَّم ذلك .

١١٤٩ - مسألة؛ قال: (وَكُلُّ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ مِنَ النَّسَبِ وَالرِّضَاعِ، بَنَاتُهُنَّ فِي التَّحْرِيمِ كُلُّهُنَّ، إِلَّا بَنَاتِ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ، وَبَنَاتِ مَنْ نَكَحْنَ آبَاءَهُنَّ وَالْأَبْنَاءَ، فَإِنَّهُنَّ مُحَلَّلَاتٌ، وَكَذَلِكَ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا)

وجملة ذلك أن كلَّ مُحَرَّمَةٍ تُحَرِّمُ ابْنَتَهَا ، لتناول التَّحْرِيمِ لها ، فالأُمُّهَاتُ تُحَرِّمُ بَنَاتَهُنَّ ؛ لأنَّهنَّ أخواتٌ أو عَمَّاتٌ أو خَالَاتٌ ، والبَنَاتُ تُحَرِّمُ بَنَاتَهُنَّ ؛ لأنَّهنَّ بَنَاتُ ، وَيُحَرِّمُ بَنَاتُ الْأَخَوَاتِ وَبَنَاتَهُنَّ ؛ لأنَّهنَّ بَنَاتُ الْأُخْتِ ، وكذلك بَنَاتُ بَنَاتِ الْأَخِ ، إِلَّا بَنَاتِ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ ، فلا يُحَرِّمْنَ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ ﴾ (١) . فأَحَلَّهُنَّ اللهُ لِنَبِيِّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، ولأنَّهنَّ لم يُذَكَّرْنَ في التَّحْرِيمِ ، فَيَدْخُلْنَ في قول الله تعالى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ (٢) وكذلك لا يُحَرِّمُ بَنَاتُ (٣) زَوَاجَاتِ الآبَاءِ والأَبْنَاءِ ؛ (٤) لأنَّهنَّ حُرِّمْنَ لَكُونِهِنَّ حَلَائِلَ الآبَاءِ والأَبْنَاءِ ، ولم يُوجَدْ ذلك في بَنَاتِهِنَّ ، ولا وَجَدَتْ فِيهِنَّ عِلَّةٌ أُخْرَى تَقْتَضِي تَحْرِيمَهُنَّ ، فَدَخَلْنَ في قوله سبحانه : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ . وكذلك بَنَاتُ

(٣) في م : « والأم » .

(١) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٢) سورة النساء ٢٤ .

(٣) في الأصل نهادة : « الزوجة التي لم يدخل بها إلا » .

(٤-٤) سقط من : الأصل .

الرَّوْجَةِ الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا^(٥) مُحَلَّلَات ؛ لقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾^(٦) . وَهِنَّ الرِّبَائِبُ ، وَلَيْسَ هَؤُلَاءِ مِمَّنْ حُرِّمَتْ أُمُهُنَّ ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا لِأَنَّهَا مُحَلَّلَةٌ ، فَيَشْتَبِهَ حُكْمُهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ حُرِّمَتْ ابْنَةُ الرَّبِيبَةِ ، وَلَمْ تُحَرِّمْ ابْنَةُ حَلِيلَةٍ الْإِنِّ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ ابْنَةَ الرَّبِيبَةِ رَبِيبَةٌ ، وَابْنَةُ الْحَلِيلَةِ لَيْسَتْ حَلِيلَةً ، وَلِأَنَّ عِلَّةَ تَحْرِيمِ الرَّبِيبَةِ أَنَّهُ يَشْتَقُّ التَّحَرُّزُ مِنَ النَّظَرِ إِلَيْهَا ، وَالْحَلْوَةُ بِهَا ، بِكَوْنِهَا فِي حِجْرِهِ فِي بَيْتِهِ ، وَهَذَا الْمَعْنَى يُوجَدُ فِي بَنَتِهَا وَإِنْ سَفَلَتْ ، وَالْحَلِيلَةُ حُرِّمَتْ بِنِكَاحِ الْأَبِ وَالْإِنِّ لَهَا ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي ابْنَتِهَا .

١١٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَوَطْءُ الْحَرَامِ مُحَرَّمٌ كَمَا يُحَرَّمُ وَطْءُ الْحَلَالِ وَالشَّبَهَةِ)

يعنى أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، فَإِذَا زَنَى بِامْرَأَةٍ حُرِّمَتْ عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ ، وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا ، كَالْوَطْءِ بِشَبَهَةِ أَوْ حَلَالًا . وَلَوْ وَطِئَ أُمَّ امْرَأَتِهِ أَوْ بَنَتَهَا ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رَوَايَةِ جَمَاعَةٍ . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَّيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، / أَنَّ الْوَطْءَ الْحَرَامَ لَا يُحَرَّمُ^(١) . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَيَحْيَى بْنُ يَعْمَرَ ، وَعُرْوَةُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّ ، لَمَّا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا يُحَرَّمُ الْحَرَامُ الْحَلَالُ »^(٢) . وَلِأَنَّهُ وَطْءٌ لَا تَصِيرُ بِهِ الْمَوْطُوءَةُ فَرِاشًا ، فَلَا يُحَرَّمُ ، كَوَطْءِ

٥٧/٧ ظ

(٥) سقط من : م .

(٦) سورة النساء ٢٣ .

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب الرجل يفجر بالمرأة ... ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٩٣ . والبيهقي ، في : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٨ .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا يحرم الحرام ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٩ . والدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٦٨ . والبيهقي ، في : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٨ ، ١٦٩ .

الصَّغِيرَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(٣) . وَالْوَطْءُ يُسَمَّى نِكَاحًا . قَالَ الشَّاعِرُ :

* إِذَا زَنَيْتَ فَأَجِدْ نِكَاحًا *

فَيَدْخُلُ ^(٤) فِي عُمُومِ الْآيَةِ ، وَفِي الْآيَةِ قَرِينَةٌ تُصَرِّفُهُ إِلَى الْوَطْءِ ، وَهُوَ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ . وَهَذَا التَّغْلِيطُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْوَطْءِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَى رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْتَنَيْهَا » ^(٥) . وَرَوَى الْجُوزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ وَهَبِ بْنِ مُنْبِهٍ ، قَالَ : « مَلْعُونٌ مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْتَنَيْهَا » ^(٦) . فَذَكَرْتُهُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ فَأَعْجَبَهُ . وَلَأنَّ مَا تَعَلَّقَ مِنَ التَّحْرِيمِ بِالْوَطْءِ الْمُبَاحِ ، تَعَلَّقَ بِالْمَحْظُورِ ، كَوَطْءِ الْحَائِضِ ، وَلَأنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ يُفْسِدُهُ الْوَطْءُ بِالشُّبْهِةِ ، فَأَفْسَدَهُ الْوَطْءُ الْحَرَامُ كَالْإِحْرَامِ ، وَحَدِيثُهُمْ لَا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ كَلَامِ ابْنِ أَشْوَعٍ ^(٧) بَعْضُ قَضَاةِ الْعِرَاقِ . كَذَلِكَ قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ . وَقِيلَ : إِنَّهُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَوَطْءُ الصَّغِيرَةِ مَمْنُوعٌ ، ثُمَّ يَنْطَلُ بِوَطْءِ الشُّبْهِةِ .

فصل : وَالْوَطْءُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ ؛ مُبَاحٌ ، وَهُوَ الْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ ، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بِالْإِجْمَاعِ ، وَيَصِيرُ ^(٨) مَحْرَمًا لِمَنْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ؛

(٣) سورة النساء ٢٢ .

(٤) في م : فحمل .

(٥) أخرجه الدارقطني موقوفا ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٦٩ .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يكون تحته الأمة المملوكة وابتنها فبيد أن يطأ أمها ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٦٨ .

(٧) في م : أسوع . وفي حاشية ب : قال ابن الأثير في جامع الأصول : اسمه سعيد بن عمر بن أشوع ، بفتح الهمزة وسكون الشين وفتح الواو وبالعين المهملة ، الحمداني الكوفي ، قاضي الكوفة . سمع الشعبي ، وروى عنه الثوري ، ويحيى بن ... وزكريا بن أبي زائدة . قال يحيى بعد شرح الحديث . يعرفه الناس . مات ... خالد بن عبد الله . وتنمة الكلام أنه توفي في ولاية خالد بن عبد الله ، وأرخه ابن قانع سنة عشرين ومائة . انظر : تهذيب التهذيب ٤ / ٦٧ .

(٨) في م : ويعتبر .

لأنَّها حُرِّمَتْ عليه على التَّأْيِيدِ ، بِسَبَبِ مُبَاجٍ ، أَشْبَهَ النَّسَبِ . الثَّانِي ، الْوَطْءُ بِالشَّبْهَةِ ، وَهُوَ الْوَطْءُ فِي نِكَاحِ فَاسِدٍ ، أَوْ شِرَاءِ فَاسِدٍ ، أَوْ وَطْءُ امْرَأَةٍ ظَنُّهَا ^(٩) امْرَأَتُهُ أَوْ أَمَتُهُ ، أَوْ وَطْءُ الْأُمَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، فَهَذَا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ كَتَعَلُّقِهِ ^(١٠) بِالْوَطْءِ الْمُبَاجِ إجماعاً . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ تَحَفَّظَ عَنْهُ مِنْ عُلَمَاءِ الْأُمَصَارِ ، عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَطِئَ امْرَأَةً ^(١١) يَنْكَاحُ فَاسِدٍ ، أَوْ شِرَاءٍ ^(١٢) فَاسِدٍ ، أَنَّهَا تُحَرِّمُ عَلَى أَبِيهِ وَأَبْنَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَوَلَدَ وَلَدِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّوَرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَحْمَدَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلأنَّه وَطْءٌ يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ ، فَانْتَبَتْ التَّحْرِيمُ ، كَالْوَطْءِ الْمُبَاجِ . وَلَا يَصِيرُ بِهِ ^(١٣) الرَّجُلُ مُحَرَّمًا لِمَنْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، وَلَا يُبَاحُ لَهُ بِهِ النَّظَرُ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَيْسَ بِمُبَاجٍ ، وَلأنَّ الْمَجْرَمِيَّةَ / تَتَعَلَّقُ بِكَمَالِ حُرْمَةِ الْوَطْءِ ، لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ ، وَلأنَّ الْمَوْطُوءَةَ ^(١٤) لَمْ يَسْتَبِجِ النَّظَرُ إِلَيْهَا فَلأنَّ لَا يَسْتَبِجِ النَّظَرُ إِلَى غَيْرِهَا بِهِ ^(١٥) أَوْلَى . الثَّالِثُ ، الْحَرَامُ الْمَحْضُ ، وَهُوَ الزَّنى ، فَيُثْبِتُ بِهِ التَّحْرِيمُ ، عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ ، وَلَا ^(١٦) تُثْبِتُ بِهِ الْمَجْرَمِيَّةُ ، وَلَا إِبَاحَةُ النَّظَرِ ؛ لِأنَّه إِذَا لَمْ يُثْبِتْ بِوَطْءِ الشَّبْهَةِ ، فَبِالْحَرَامِ ^(١٧) الْمَحْضِ أَوْلَى ، وَلَا يُثْبِتُ بِهِ نَسَبٌ ، وَلَا يَجِبُ بِهِ الْمَهْرُ إِذَا طَاوَعْتَهُ فِيهِ .

٥٨/٧ و

فصل : وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا ^(١٧) بَيْنَ الزَّنى فِي الْقُبُلِ وَالذُّبُرِ ؛ لِأنَّه يَتَعَلَّقُ ^(١٨) بِهِ التَّحْرِيمُ ^(١٩) فِيمَا إِذَا أُوجِدَ فِي الزَّوْجَةِ وَالْأُمَةِ ، فَكَذَلِكَ فِي الزَّنى . فَإِنْ تَلَوَّطَ بِغُلَامٍ ، فَقَالَ

(٩) فِي الْأَصْلِ ، ب : « يَظْنُهَا » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « كَتَعَلُّقِهِ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « امْرَأَتُهُ » .

(١٢) فِي م : « بِشِرَاءٍ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ ب ، م ،

(١٤) فِي أ ، ب ، م : « الْمَوْطُوءَةُ » .

(١٥) فِي ب : « وَلأنَّه » .

(١٦) فِي م : « فَالْحَرَامُ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « ذَكَرْنَاهُ » .

(١٨-١٩) فِي م : « بِالتَّحْرِيمِ » .

بعض أصحابنا: يتعلّق به التّحریم أيضا، فيحرم على اللائط أمّ الغلام وابنته، وعلى الغلام أمّ اللائط وابنته. قال: ونصّ عليه أحمد. وهو قول الأوزاعي؛ لأنّه وطء في الفرج، فنشّر الحرمة، كوطء المرأة، ولأنّها بنت من وطئه وأمه، فحرمتا عليه، كما لو كانت الموطوءة أنثى. وقال أبو الخطاب: يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج، يكون فيه روايتان. والصحيح أن هذا لا ينشّر الحرمة، فإنّ هؤلاء غير منصوص عليهنّ في التّحریم، فيدخلن في عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ (١٩). ولأنّهنّ غير منصوص عليهنّ، ولا في معنى المنصوص عليه، فوجب أن لا يثبت حكم التّحریم فيهنّ، فإنّ المنصوص عليهنّ في هذا حلال الأبناء، ومن نكحهنّ الآباء وأمّهات النساء وبناتهنّ، وليس هؤلاء منهنّ، ولا في معنهنّ؛ لأنّ الوطء في المرأة (٢٠) يكون سببا للبعضية (٢١)، ويوجب المهر، ويلحق به النسب، وتصرّف به المرأة فراشا، ويثبت أحكاما لا يثبتها اللواط، فلا يجوز إلحاقه بهنّ؛ لعدم العلة، وانقطاع الشبه، ولذلك لو أرضع الرجل طفلا، لم يثبت به حكم التّحریم، فهنا أولى. وإن قدر بينهما شبهة من وجه ضعیف، فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به، وأطراح النصّ بمثله.

فصل: ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزّنى، وأخته، وبنّت ابنه، وبنّت بنته، وبنّت أخيه، وأخته من الزّنى. وهو قول عامّة الفقهاء. وقال مالك، والشافعي في المشهور من مذهبه: يجوز ذلك كلّهُ؛ لأنّها أجنبية منه ولا تنتسب (٢٢) إليه شرعا، ولا يجرى التّوارث بينهما، ولا تعتق عليه إذا ملكها، ولا تلزمه نفقتها، فلم تحرم عليه، / كسائر الأجانب. ولنا، قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ﴾ (٢٣). وهذه

(١٩) سورة النساء ٢٤.

(٢٠) في الأصل: «امرأة».

(٢١) في ١، ب، م: «البضعية».

(٢٢) في ب، م: «نسب».

(٢٣) سورة النساء ٢٣.

بَنَتْهُ ، فَإِنَّهَا أَتَتْ مَخْلُوقَةً مِنْ مَائِهِ ، وَهَذِهِ (٢٤) حَقِيقَةٌ لَا تَخْتَلِفُ بِالْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ ، وَيَدُلُّ (٢٥) عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي امْرَأَةٍ هَلَالٍ بِنِ امِّيَّةَ : « أَنْظُرُوهُ » . يَعْنِي وَلَكِذَا « فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةٍ كَذَا فَهُوَ لِشَرِيكَ بْنِ سَحْمَاءَ » . يَعْنِي الزَّانِي (٢٦) . وَلَا أَنَّهَا مَخْلُوقَةٌ مِنْ مَائِهِ (٢٧) ، فَأَشْبَهَتْ الْمَخْلُوقَةَ مِنْ وَطْءِ الشَّبْهَةِ (٢٨) ، وَلَا أَنَّهَا بَضْعَةٌ مِنْهُ ، فَلَمْ تَحِلَّ لَهُ ، كِبْنَتُهُ مِنَ النِّكَاحِ ، وَتَخَلَّفَ بَعْضُ الْأَحْكَامِ لَا يَنْفِي كَوْنُهَا بِنْتًا ، كَمَا لَوْ تَخَلَّفَ لِرِقِّ أَوْ اخْتِلَافِ دِينٍ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ عَلَيْهِ بِكَوْنِهَا مِنْهُ ، مِثْلَ أَنْ يَطَأَ امْرَأَةً فِي طَهْرٍ لَمْ يُصِيبْهَا فِيهِ غَيْرُهُ ، ثُمَّ يَحْفَظُهَا حَتَّى تَضَعَ ، أَوْ مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِكَ جَمَاعَةً فِي وَطْءِ امْرَأَةٍ ، فَتَأْتِي بِوَلَدٍ لَا يُعْلَمُ هَلْ هُوَ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ؟ فَإِنَّهَا تَحْرُمُ عَلَى جَمِيعِهِمْ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا بِنْتُ مَوْطُوعَتِهِمْ . وَالثَّانِي ، أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهَا بِنْتُ بَعْضِهِمْ ، فَتَحْرُمُ عَلَى الْجَمِيعِ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ ، وَلَمْ يُعْلَمِ السَّابِقُ مِنْهُمَا ، وَتَحْرُمُ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ؛ لِأَنَّهَا أُحْتُ بَعْضُهُمْ غَيْرَ مَعْلُومٍ ، فَإِنْ أَلْحَقْنَا الْقَافَةَ بِأَحَدِهِمْ ، حَلَّتْ لِأَوْلَادِ الْبَاقِينَ ، وَلَمْ تَحِلَّ لِأَحَدٍ مِمَّنْ وَطِئَ أُمُّهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى رَبِيبَتِهِ .

فصل : وَوَطْءُ الْمَيْتَةِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ الْمُؤَيَّدَةَ ، فَلَمْ يَخْتَصْ بِالْحَيَاةِ كَالرِّضَاعِ . وَالثَّانِي ، لَا يَنْشُرُهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْبَعْضِيَّةِ (٢٩) ، وَلِأَنَّ التَّحْرِيمَ يَتَعَلَّقُ بِاسْتِيفَاءِ مَنْفَعَةِ الْوَطْءِ ، وَالْمَوْتُ يَبْطِلُ الْمَنَافِعَ . وَأَمَّا الرِّضَاعُ ، فَيَحْرُمُ ؛ لِمَا يَحْصُلُ بِهِ مِنْ إِنْبَاتِ اللَّحْمِ وَإِنْشَارِ الْعَظْمِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ مِنْ لَبَنِ الْمَيْتَةِ . وَفِي وَطْءِ الصَّغِيرَةِ أَيْضًا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْشُرُهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لِأَدَمِيَّةٍ حَيَّةٍ فِي الْقَبْلِ ، أَشْبَهَ وَطْءَ الْكَبِيرَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يَنْشُرُهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْبَعْضِيَّةِ (٢٩) أَشْبَهَ وَطْءَ الْمَيْتَةِ .

(٢٤) في أ ، م : « هذه » .

(٢٥) في ب : « وقد يدل » .

(٢٦) انظر تخريجه في : ٨ / ٣٧٣ .

(٢٧) بعد هذا في م زيادة : « وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمه » . وتقدم مثلها .

(٢٨) في م : « بشبهه » .

(٢٩) في م : « للبضعية » .

فصل : فَأَمَّا الْمُبَاشَرَةُ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، فَإِنْ كَانَتْ لغيرِ شَهْوَةٍ ، لَمْ تَنْشُرِ الْحُرْمَةَ .

بغيرِ خِلَافٍ تَعَلَّمَهُ . وَإِنْ كَانَتْ لَشَهْوَةٍ ، وَكَانَتْ فِي أَجْنَبِيَّةٍ ، لَمْ تَنْشُرِ الْحُرْمَةَ أَيْضًا . قَالَ الْجَوْزْجَانِيُّ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى أُمِّ امْرَأَتِهِ فِي (٣٠) شَهْوَةٍ ، أَوْ قَبْلِهَا ، أَوْ بَاشَرَهَا . فَقَالَ : أَنَا أَقُولُ لَا يُحَرِّمُهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا الْجِمَاعُ . وَكَذَلِكَ نَقَلَ أَحْمَدُ بْنُ الْقَاسِمِ ، وَإِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ . وَإِنْ كَانَتْ الْمُبَاشَرَةُ لِامْرَأَةٍ مُحَلَّلَةٍ لَهُ ، كَامْرَأَتِهِ ، أَوْ

٥٩٧

مَمْلُوكَتِهِ (٣١) ، لَمْ تُحَرِّمْ عَلَيْهِ ابْتِنَاهَا . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : لَا يُحَرِّمُ / الرَّبِيبَةَ إِلَّا جِمَاعُ أُمِّهَا (٣٢) . وَبِهِ قَالَ طَاوُسٌ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ (٣٣) . وَهَذَا لَيْسَ بِدُخُولٍ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ النَّصِّ الصَّرِيحِ مِنْ أَجْلِهِ . وَأَمَّا تَحْرِيمُ أُمِّهَا ، وَتَحْرِيمُهَا عَلَى أُنَى الْمُبَاشِيرِ لَهَا وَابْنِهِ ؛ فَإِنَّهَا فِي النِّكَاحِ تُحَرِّمُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ قَبْلَ الْمُبَاشَرَةِ ، فَلَا يَظْهَرُ لِلْمُبَاشَرَةِ أَثَرٌ . وَأَمَّا الْأُمَّةُ ، فَمَتَى بَاشَرَهَا دُونَ الْفَرْجِ لَشَهْوَةٍ ، فَهَلْ يَثْبُتُ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَنْشُرُهَا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، وَمَسْرُوقٍ . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ (٣٤) بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَكْحُولٌ ، وَالتَّحَيْمِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَعَلِيُّ بْنُ الْمَدِينِيِّ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ اسْتِمْتَاعٌ ، فَتَعَلَّقَ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، كَالْوَطْءِ فِي الْفَرْجِ ، (٣٥) وَلِأَنَّهُ تَلَذُّذٌ بِمُبَاشَرَةٍ (٣٥) ، فَيَتَعَلَّقُ (٣٦) بِهِ التَّحْرِيمُ كَالْوَطْءِ (٣٧) . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يَثْبُتُ بِهِ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّهُا مُلَامَسَةٌ لَا تُوجِبُ الْغُسْلَ ، فَلَمْ

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : « امْرَأَةٌ مَمْلُوكَةٌ » .

(٣٢) أَخْرَجَ نحوه سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ فَضَمَّتْ ... السَّنَنُ ١ / ٢٣٤ .

(٣٣) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٣ .

(٣٤-٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، م .

(٣٥-٣٥) فِي ب : « لَا بِمُبَاشَرَةٍ » .

(٣٦) فِي م : « يَتَعَلَّقُ » .

(٣٧) فِي م : « كَالْوَطْءِ » .

يُثَبِّتُ بِهَا التَّحْرِيمُ ، كَالْوَلَمْ يَكُنْ^(٣٨) لِشَهْوَةٍ ، وَلَئِنْ^(٣٨) ثُبُوتُ التَّحْرِيمِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَنَصٌ ، أَوْ قِيَاسٌ عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وَلَا نَصٌّ فِي هَذَا ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، وَلَا الْمُجْمَعُ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْوَلَاءَ يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ اسْتِقْرَارُ الْمَهْرِ ، وَالْإِخْصَانُ ، وَالْإِغْتِسَالُ ، وَالْعِدَّةُ ، وَإِفْسَادُ الْإِحْرَامِ ، وَالصِّيَامُ ، بِخِلَافِ اللَّمَسِ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا الرَّوَايَتَيْنِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ .

فصل : وَمَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ بِشَهْوَةٍ^(٣٩) ، فَهُوَ كَلَمَسِهَا لِشَهْوَةٍ ، فِيهِ أَيْضًا رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَنْشُرُ الْحَرَمَةَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَنْشُرُهَا اللَّمَسُ . رَوَى عَنْ عَمْرِ ، وَابْنِ عَمَرَ ، وَعَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ ، وَكَانَ بَدْرِيًّا^(٤٠) ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو ، فِي مَنْ يَشْتَرِي الْخَادِمَ ، ثُمَّ يُجَرِّدُهَا أَوْ يَقْبَلُهَا ، لَا يَحِلُّ لِأَيِّهَا وَطُوءُهَا . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاسِمِ ، وَالْحَسَنِ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَمَكْحُولٍ ، وَحَمَّادِ بْنِ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لَمَّا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ نَظَرَ إِلَى^(٤١) فَرْجِ امْرَأَةٍ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُمُّهَا وَبَنَتُهَا »^(٤٢) . وَفِي لَفْظٍ : « لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَى رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْنَتِهَا »^(٤٣) . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ . وَلِأَنَّهُ نَظَرَ مِنْ غَيْرِ مُبَاشَرَةٍ ، فَلَمْ يُوجِبِ التَّحْرِيمَ ، كَالنَّظَرِ إِلَى الْوَجْهِ ، وَالْخَبَرِ ضَعِيفٌ . قَالَ الدَّارَقُطْنِيُّ . وَقِيلَ : هُوَ مُوقُوفٌ عَلَى ابْنِ

(٣٨-٣٨) فِي م : « بِشَهْوَةٍ لِأَنَّ » .

(٣٩) فِي أ ، ب : « لِشَهْوَةٍ » .

(٤٠) فِي م : « بِدْرِيًّا » تَحْرِيفٌ . وَتَقْدِمُ فِي : ١ / ٢٥٥ .

(٤١) سَقَطَ مِنْ ب : .

(٤٢) فِي م : « وَابْنَتِهَا » .

وَأَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَقَعُ عَلَى أُمِّ امْرَأَتِهِ أَوْ ابْنَةِ امْرَأَتِهِ مَا حَالَ امْرَأَتَهُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُصَنَّفُ ٤ / ١٦٥ . وَانْظُرْ : الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الزُّنَى لَا يَحْرُمُ الْحَلَالَ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٧ / ١٧٠ .

(٤٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٢٧ .

مسعود . ثم يَحْتَمِلُ أَنَّهُ كُنِيَ بِذَلِكَ عَنِ الْوَطْءِ . وَأَمَّا / النَّظَرُ إِلَى سَائِرِ الْبَدَنِ فَلَا يَنْشُرُ حُرْمَةً . وقال بعضُ أصحابنا : لا فَرْقَ بَيْنَ النَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ وَسَائِرِ الْبَدَنِ لَشَهْوَةٍ . والصَّحِيحُ ، خِلَافُ هَذَا ؛ فَإِنَّ غَيْرَ الْفَرْجِ لَا يُقَاسُ عَلَيْهِ ، لَمَّا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ ، وَلَا خِلَافُ نَعْلَمُهُ فِي أَنَّ النَّظَرَ إِلَى الْوَجْهِ لَا يُثَبِّتُ الْحُرْمَةَ ، فَكَذَلِكَ غَيْرُهُ ، وَلَا خِلَافُ أَيْضًا فِي أَنَّ النَّظَرَ إِذَا وَقَعَ مِنْ غَيْرِ شَهْوَةٍ لَا يَنْشُرُ حُرْمَةً ؛ لِأَنَّ اللَّمَسَ الَّذِي هُوَ أُبْلَغُ مِنْهُ ^(٤٤) لَا يُؤَثِّرُ إِذَا كَانَ لَغَيْرِ شَهْوَةٍ ، فَالنَّظَرُ أَوْلَى . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ فِي اللَّمَسِ وَالنَّظَرِ فِي مَنْ بَلَغَتْ سِنًا يُمْكِنُ الِاسْتِمْتَاعُ مِنْهَا ، كَابْنَةِ تِسْعٍ فَمَا زَادَ ، فَأَمَّا الطُّفْلَةُ فَلَا يُثَبِّتُ فِيهَا ذَلِكَ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي نَبْتِ سَبْعٍ : إِذَا قَبَّلَهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا . قال القاضي : هذا عندي مَحْمُولٌ عَلَى السِّنِّ الَّذِي تُوجَدُ مَعَهُ الشَّهْوَةُ .

فصل : فَإِنْ نَظَرَتِ الْمَرْأَةُ إِلَى فَرْجِ رَجُلٍ ^(٤٥) لَشَهْوَةٍ ، فَحَكْمُهُ فِي التَّحْرِيمِ حَكْمُ نَظَرِهِ إِلَيْهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى يُوجِبُ التَّحْرِيمَ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ كَالْجَمَاعِ . وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ حَكْمُ لَمْسِهَا لَهُ ، وَقُبْلَتِهَا إِيَّاهُ لَشَهْوَةٍ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا .

فصل : فَأَمَّا الْخُلُوءُ بِالْمَرْأَةِ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تَنْشُرُ حُرْمَةً . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا خَلَا بِالْمَرْأَةِ ، وَجَبَ الصَّدَاقُ وَالْعِدَّةُ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا . قال القاضي : هذا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ حَصَلَ مَعَ الْخُلُوءِ مُبَاشَرَةً ، فَيُخْرَجُ كَلَامُهُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا ، فَأَمَّا مَعَ خُلُوءِهِ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي تَحْرِيمِ الرَّبِيبَةِ ؛ لَمَّا فِي ذَلِكَ مِنْ مُخَالَفَةِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وقوله : ﴿ وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ . وَأَمَّا الْخُلُوءُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، أَوْ أُمْتِهِ ، فَلَا تَنْشُرُ تَحْرِيمًا . لَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا . وَكُلُّ مَنْ حُرِّمَ نِكَاحُهَا حُرِّمَ وَطْؤُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حُرِّمَ الْعَقْدُ الْمُرَادُ لِلْوَطْءِ ، فَالْوَطْءُ أَوْلَى .

(٤٤) سقط من : ب .

(٤٥) في ب : لرجل .

١١٥١ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ ، فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَسَدَ . وَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ ، فَأَلْأُولَى زَوْجَتُهُ ، وَالْقَوْلُ ^(١) فِيهِمَا الْقَوْلُ ^(٢) فِي الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، وَالْمَرْأَةُ وَخَالَتِهَا)

وجملة ذلك أن الجمع بين المرأة وأختها ، أو عمَّتِها ، أو خَالَتِها ، مُحَرَّمٌ . فَمَتَى ^(٣) جَمَعَ بَيْنَهُمَا ، فَقَعَدَ عَلَيْهِمَا مَعًا ، لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَضَحِيحَهُ فِيهِمَا ، وَلَا مَرِيَّةَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى ، فَيَبْطُلُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ زُوِّجَتِ الْمَرْأَةُ لِرَجُلَيْنِ . وهكذا لو تَزَوَّجَ خَمْسًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، بَطُلَ فِي الْجَمِيعِ لَذَلِكَ . وَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ ، فَنِكَاحُ الْأُولَى صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا جَمْعَ فِيهِ ، / وَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ يَحْصُلُ بِهِ ، فَبِالْعَقْدِ ^(٤) عَلَى الْأُولَى تُحَرِّمُ الثَّانِيَةَ ، وَلَا يَصِحُّ عَقْدُهُ عَلَيْهَا حَتَّى تَبَيَّنَ الْأُولَى مِنْهُ ، وَيُزَوَّلَ نِكَاحُهَا وَعِدَّتُهَا .

٦٠/٧ و

فصل : فَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ ، وَلَمْ يَذَرِ أُولَاهُمَا ، فَعَلَيْهِ فُرْقَتُهُمَا مَعًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ ، لَا يَذَرِي أَيْتَهُمَا تَزَوَّجَ أَوَّلًا : نُفِرْقُ بَيْنَهُمَا . وَذَلِكَ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، وَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، وَلَا نَعْرِفُ الْمُحَلَّلَةَ لَهُ ، فَقَدْ اشْتَبَهَتَا عَلَيْهِ ، وَنِكَاحُ إِحْدَاهُمَا صَحِيحٌ ^(٥) ، وَلَا تَتَبَيَّنُ بَيْنُونَتُهُمَا مِنْهُ إِلَّا بَطْلًا فِيهِمَا جَمِيعًا ، أَوْ فُسْخَ نِكَاحِيهِمَا ، فَوَجَبَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ ، وَلَمْ يُعْرِفِ الْأَوَّلَ مِنْهُمَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُفَارِقَ إِحْدَاهُمَا ، ثُمَّ يُجَدِّدَ عَقْدَ الْأُخْرَى وَيُمْسِكَهَا ، فَلَا بَأْسَ ، وَسَوَاءُ فَعَلَ ذَلِكَ بِقُرْعَةٍ أَوْ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَلَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ لَا يَكُونَ دَخَلَ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، فَلَهُ أَنْ يَعْقِدَ عَلَى إِحْدَاهُمَا فِي الْحَالِ بَعْدَ فِرَاقِ الْأُخْرَى . الثَّانِي ، إِذَا دَخَلَ بِإِحْدَاهُمَا ، فَإِنْ أَرَادَ

(١-١) سقط من : م .

(٢) في ا ، ب ، م ، ن : فمن .

(٣) في ب : والعقد .

(٤) في م : يصح .

نِكَاحَهَا ، فَارَقَ التَّى لَمْ يُصِبْهَا بِطَلْقِهِ^(٥) ، ثُمَّ تَرَكَ الْمُصَابَةَ حَتَّى تَنْقَضِيَ^(٦) عِدَّتُهَا ، ثُمَّ نَكَحَهَا ؛ لِأَنَّا لَا نَأْمَنُ أَنْ تَكُونَ هِيَ الثَّانِيَّةُ ، فَيَكُونُ قَدْ أَصَابَهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، فَلِهَذَا اعْتَبَرْنَا انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ الْعَقْدُ عَلَيْهَا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَاحِقٌ بِهِ ، وَلَا يُصَانُ ذَلِكَ عَنْ مَائِهِ . وَإِنْ أَحَبَّ نِكَاحَ الْأُخْرَى ، فَارَقَ الْمُصَابَةَ بِطَلْقِهِ ، ثُمَّ انْتَظَرَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ^(٦) عِدَّتُهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، إِذَا دَخَلَ بِهِمَا ، فَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا حَتَّى يُفَارِقَ الْأُخْرَى ، وَتَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا مِنْ حِينِ فُرْقَتِهَا ، وَتَنْقَضِيَ عِدَّةُ الْأُخْرَى مِنْ حِينِ أَصَابَهَا . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ إِحْدَاهُمَا ، أَوْ هَا جَمِيعًا ، فَالنَّسَبُ لَاحِقٌ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، وَكِلَاهُمَا يَلْحَقُ النَّسَبُ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَرِدْ نِكَاحٌ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا ، فَارَقَهُمَا بِطَلْقِهِ طَلْقَةً .

فصل : فَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، فَلَا إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَلَا نَعْلَمُ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُمَا ، فَيَصْطَلِحَانِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَكَانَ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا مَعَ يَمِينِهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : اخْتِيَارِي أَنْ يَسْقُطَ الْمَهْرُ إِذَا كَانَ مُجْبِرًا عَلَى الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَإِنْ دَخَلَ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتْ لغيرِ الْمُصَابَةِ ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَلِلْمُصَابَةِ مَهْرُ الْمِثْلِ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمُصَابَةِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْأُخْرَى ، وَلِلْمُصَابَةِ الْمُسَمَّى جَمِيعُهُ . وَإِنْ أَصَابَهُمَا مَعًا ، فَلَا إِحْدَاهُمَا الْمُسَمَّى ، وَلِلْأُخْرَى / مَهْرُ الْمِثْلِ ، يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا فِيهِ ، إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَاجِبَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ مَهْرُ الْمِثْلِ . وَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْمُسَمَّى فِيهِ ، وَجَبَ هُنَا لِكُلِّ وَاحِدَةٍ^(٧) مِنْهُمَا .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا ، وَدَخَلَ بِهَا ، اعْتَزَلَ زَوْجَتَهُ

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « فَطْلَقَ » .

(٦) فِي ١ : « تَقَضَى » .

(٧) فِي ١ ، ب ، م : « وَاحِدٌ » .

حتى تَنْقُضِيَ عِدَّةَ الثَّانِيَةِ . إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ الْعَقْدُ عَلَى أُخْتِهَا فِي الْحَالِ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّةَ الْمُوْطُوءَةِ ، كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الْوُطْءُ لِأَمْرَاتِهِ ، حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّةَ أُخْتِهَا الَّتِي أَصَابَهَا .

١١٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ وَأُجْنِبِيَّةً فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، ثَبَّتَ نِكَاحُ الْأُجْنِبِيَّةِ)

وجملة ذلك أنه إذا عَقَدَ النِّكَاحَ عَلَى أُخْتِهِ وَأُجْنِبِيَّةٍ مَعًا ، بَأَن يَكُونَ لِرَجُلٍ أُخْتُ وَابْنَةٌ عَمٌ ، إِحْدَاهُمَا رَضِيعَةُ الْمُتَزَوِّجِ ، فيقول له : زَوَّجْتُكُمَا مَعًا^(١) . فَيَقْبَلُ ذَلِكَ ؛ فَاَلْمَنْصُوصُ هُنَا صَحَّةُ نِكَاحِ الْأُجْنِبِيَّةِ . وَنَصٌّ فِي مَنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً وَأَمَةً ، عَلَى أَنَّهُ يَثْبُتُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ ، وَيُفَارِقُ الْأَمَةَ . وَقِيلَ : فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَفْسُدُ فِيهِمَا ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ، وَاخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهَا لَفْظَةٌ وَاحِدَةٌ ، جَمَعَتْ حَلَالًا وَحَرَامًا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أُخْتَيْنِ^(٢) . وَالثَّانِيَةِ ، يَصِحُّ فِي الْحُرَّةِ . وَهِيَ أَظْهَرُ الرَّوَايَتَيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهَا مَحَلٌّ قَابِلٌ لِلنِّكَاحِ ، أَضْيِيفَ إِلَيْهَا عَقْدٌ صَادِرٌ مِنْ^(٣) أَهْلِهِ ، لَمْ يَجْتَمِعْ مَعَهَا فِيهِ مِثْلُهَا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَتْ بِهِ ، وَفَارَقَ^(٤) الْعَقْدَ عَلَى الْأُخْتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى ، وَهَهُنَا قَدْ تَعَيَّنَتِ الَّتِي بَطَلَ النِّكَاحُ فِيهَا ، فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ يَكُونُ لَهَا مِنَ الْمُسَمَّى بِقِسْطِ مَهْرٍ مِثْلُهَا مِنْهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّ لَهَا نِصْفَ الْمُسَمَّى . وَأَصْلُ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ ، يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُهُمَا بِمَهْرٍ وَاحِدٍ ، هَلْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ صِدَاقِهِمَا^(٥) ، أَوْ نِصْفَيْنِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، يَأْتِي ذِكْرُهُمَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) في ب : « الْأُخْتَيْنِ » .

(٣) في م : « عَنْ » .

(٤) في الأصل : « وَيُفَارِقُ » .

(٥) في الأصل : « صِدَاقِهِمَا » .

فصل : ولو تزوّج يَهُودِيَّةً وَمَجُوسِيَّةً ، أو مُحَلَّلَةً وَمُحَرَّمَةً ، في عقدٍ واحدٍ ، فَسَدَ في المَجُوسِيَّةِ والمُحَرَّمَةِ ، وفي الأُخْرَى وَجْهَان . وإن نَكَحَ أَرْبَعَ حَرَائِرَ وَأُمَةً ، فَسَدَ في الأُمَةِ ، وفي الحَرَائِرِ وَجْهَان . وإن نَكَحَ العَبْدَ حُرَّتَيْنِ وَأُمَةً ، بَطَلَ نِكَاحُ الجميع . وإن تزوّج امرأةً وابْتَنَاهَا ، فَسَدَ فِيهِمَا^(٦) ؛ لأنَّ الجَمْعَ بينهما مُحَرَّمٌ ، فلم يَصِحَّ فِيهِمَا ، كالأُخْتَيْنِ .

١١٥٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى أُخْتَيْنِ / ، فَأَصَابَ إِحْدَاهُمَا ، لَمْ يُصِبِ الأُخْرَى حَتَّى تُحَرَّمَ الأُولَى بِبَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ هِبَةٍ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، وَيَعْلَمُ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِحَامِلٍ ، فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مَلِكِهِ ، لَمْ يُصِبْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا ، حَتَّى تُحَرَّمَ عَلَيْهِ^(٧)) الأُولَى^(٨))

الكلام في هذه المسألة في فُصولٍ سِتَّةٍ :

الفصل الأول : أَنَّهُ يَجُوزُ الجَمْعُ بين الأُخْتَيْنِ في المِلْكِ . بغيرِ خِلَافٍ بين أهلِ العلمِ . وكذلك بينها وبين عَمَّتِهَا وَخَالَتِهَا . ولو اشْتَرَى جَارِيَةً ، فَوَطَّئَهَا ، حَلَّ لَهُ شِرَاءُ أُخْتِهَا وَعَمَّتِهَا وَخَالَتِهَا ؛ لأنَّ المِلْكَ يُقْصَدُ بِهِ التَّمَوُّلُ دُونَ الاسْتِمْتَاعِ ، وكذلك حَلَّ لَهُ شِرَاءُ المَجُوسِيَّةِ ، والوَتْنِيَّةِ ، والمُعْتَدَّةِ ، والمُزَوَّجَةِ ، والمُحَرَّمَاتِ عَلَيْهِ بالرِّضَاعِ وبالمُصَاهَرَةِ^(٩) .

الفصل الثاني : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الجَمْعُ بين الأُخْتَيْنِ من إِمَائِهِ في الوَطْءِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ^(١٠) ، في رواية الجماعةِ . وَكَرِهَهُ عُمَرُ ، وَعُثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، وَعَمَّارٌ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ

(٦) سقط من : ب .

(١) سقط من : الأصل ، أ .

(٢) في الأصل : « الأُخْرَى » .

(٣) في ب ، م : « والمصاهرة » .

(٤) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

مسعود . وممن قال بتخريمه ؛ (° عبيد الله بن °) عبد الله بن عتبة ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، ومالك ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، والشافعي . ورؤي عن ابن عباس ، أنه قال : أحلتها آية ، وحرمتها آية ، ولم أكن لأفعله . ويروى ذلك (٦) عن علي أيضا (٧) . يريد بالمحرمة قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ (٨) . وبالمحللة قوله تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٩) . وقد روى ابن منصور ، عن أحمد ، وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين ، أحرأ هو ؟ قال : لا أقول حرام ، ولكن نتهى عنه . وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم . وقال داود ، وأهل الظاهر : لا يحرم . استدلالا بالآية المحللة ؛ لأن حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الإماء ، ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر ، وتباح في الإماء بغير حصر ، والمذهب تحريمه ؛ للآية المحرمة ، فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعا ، بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤها والعقد عليهن ، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن ، وهذه منهن ، ولأنها امرأة صارت فراشا ، فحرمت أختها كالزوجة .

الفصل الثالث : أنه إذا كان في ملكه أختان ، فله وطء إحداهما ، في قول أكثر أهل العلم . وقال الحكم ، وحماذ : لا يقرب واحدة منهما . ورؤي ذلك عن الشعبي . وذكره أبو الخطاب مذهبا لأحمد . ولنا ، أنه ليس يجمع بينهما في الفراش ، فلم يحرم ، كما لو كان في ملكه إحداهما فقط .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ب .

وهو عبيد الله بن عبد الله بن عتبة الهذلي ، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، توفي سنة ثمان وتسعين . طبقات الفقهاء . للشيرازي ٦٠ ، العبر ١ / ١١٦ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) أثر ابن عباس وعلي أخرجهما البيهقي ، في : باب ما جاء في تحريم الجمع بين الأختين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٤ . وسعيد بن منصور ، في : باب الرجل له أمتان أختان يطؤها ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٩٦ ، ٣٩٧ .

(٨) سورة النساء ٢٣ .

(٩) سورة المؤمنون ٦ .

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا وَطِئَ إِحْدَاهُمَا ، فَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ الْأُخْرَى قَبْلَ تَحْرِيمِ الْمَوْطُوءَةِ

عَلَى نَفْسِهِ ، بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ تَزْوِيجٍ . هَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمَرَ ، / وَالْحَسَنِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَالشَّافِعِيَّ . فَإِنْ رَهَنَهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُخْتُهَا ؛ لِأَنَّ مَنَعَهُ مِنْ وَطْئِهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهَنِ لِاتِّحَرِيمِهَا ، وَلِهَذَا يَحِلُّ لَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ فِي وَطْئِهَا ، وَلِأَنَّهُ يَقْدَرُ عَلَى فَكِّهَا مَتَى شَاءَ وَاسْتَرْجَاعِهَا إِلَيْهِ . وَقَالَ قَتَادَةُ : إِنْ اسْتَبْرَأَهَا ، حَلَّتْ لَهُ أُخْتُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ زَالَ ^(١٠) فِرَاشُهُ ، وَلِهَذَا لَوْ أَتَتْ بَوَلَدٌ ، فَتَفَاهَ بِدَعْوَى الْاسْتِبْرَاءِ انْتَفَى ، فَأَشْبَهَ مَالُو زَوْجَهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْهَا ، وَلَا حِلُّهَا لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالُو وَطْئَتْ بِشَبْهَةِ فَاسْتَبْرَأَهَا مِنْ ذَلِكَ الْوَطْءِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُهُ وَطْأُهَا ، فَلَا يَأْمَنُ عَوْدَهُ إِلَيْهَا ، فَيَكُونُ ذَلِكَ ذَرْبَةً إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ حَرَّمَ إِحْدَاهُمَا عَلَى نَفْسِهِ ، لَمْ تُبَيِّحِ الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يُحَرِّمُهَا ، إِنَّمَا هُوَ يَمِينٌ يُكْفَرُ ، وَلَوْ كَانَ يُحَرِّمُهَا إِلَّا أَنَّهُ لِعَارِضٌ ^(١١) ، مَتَى شَاءَ أَزَالَهُ بِالْكَفَّارَةِ ، فَهُوَ كَالْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ وَالْإِحْرَامِ وَالصَّبَامِ . وَإِنْ كَاتَبَ إِحْدَاهُمَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لَا تَحِلُّ لَهُ الْأُخْرَى . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تَحِلُّ لَهُ الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِسَبَبٍ لَا يَقْدَرُ عَلَى رَفْعِهِ ، فَأَشْبَهَ التَّزْوِيجَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنْ اسْتِبَاحَتِهَا بِمَا لَا يَقِفُ عَلَى غَيْرِهِمَا ، فَلَمْ تُبَيِّحْ لَهُ أُخْتُهَا ، كَالْمَرْهُونَةِ .

الفصل الخامس : أَنَّهُ إِذَا أَخْرَجَهَا مِنْ مِلْكِهِ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُخْتُهَا ، حَتَّى يَسْتَبْرَأَ الْمُخْرَجَةَ ، وَيَعْلَمَ بَرَاءَتَهَا مِنَ الْحَمْلِ . وَمَتَى كَانَتْ حَامِلًا مِنْهُ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُخْتُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ جَامِعًا مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ ، بِمَنْزِلَةِ نِكَاحِ الْأُخْتِ فِي عِدَّةِ أُخْتُهَا .

فصل : فَإِنْ وَطِئَ أُمَّتَهُ الْأُخْتَيْنِ مَعًا ، فَوَطْءُ الثَّانِيَةِ مُحَرَّمٌ ، وَلَا حَدَّ فِيهِ ، لِأَنَّ وَطْأَهُ

(١٠) فِي ١ : « أزال » .

(١١) فِي ١ : « بعارض » .

في ملكه ، ولأنه^(١٢) مُخْتَلَفٌ في حُكْمِهَا ، وله سَبِيلٌ إلى اسْتِبَاحَتِهَا ، بخلاف أُخْتِهِ من الرِّضَاعِ الْمَمْلُوكَةِ له . ولا يَحِلُّ له^(١٣) وَطْءُ إحْدَاهَا حتى يُحَرِّمَ الأُخْرَى وَيَسْتَبْرِئَهَا . وقال القاضى ، وأصحابُ الشافعى : الأولى باقية على الحِلِّ ؛ لأنَّ الوَطْءَ الحَرَامَ لا يُحَرِّمُ^(١٤) الحلال . إلا أنَّ القاضى قال : لا يَطْوُهَا حتى يَسْتَبْرِئَ الثانية . ولنا ، أنَّ الثانية قد صارت فِرَاشًا له يَلْحَقُهُ نَسَبُ^(١٥) وَلَدِهَا^(١٦) ، فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُخْتُهَا ، كما لو وَطَّئَهَا ابْتِدَاءً . وقولهم : إنَّ الحَرَامَ لا يُحَرِّمُ الحلال . ليس بِخَيْرٍ^(١٧) صحيح ، وهو مَثْرُوكٌ بما لو وَطِئَ الأولى في خِيضٍ أو نِفَاسٍ أو إِحْرَامٍ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُخْتُهَا ، وَنَحَرَّمْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا عَلَى التَّائِيْدِ ، وكذلك لو وَطِئَ امْرَأَةً^(١٨) بِشَبْهَةٍ في هذه الحَالِ . ولو وَطِئَ امْرَأَةً^(١٩) حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ابْنَتُهَا ، سواءً وَطَّئَهَا حَرَامًا / أو حَلَالًا . ٦٢/٧

الفصل السادس : أَنَّهُ متى زال ملكه عن الموطوعة زوالاً أَحَلَّ له أُخْتُهَا ، فَوَطَّئَهَا ، ثم عادت الأولى إلى ملكه ، فليس له وَطْءُ إحْدَاهَا حتى تُحَرِّمَ الأُخْرَى ، بإخراجٍ عن ملكه أو تزويج . نصَّ عليه أحمد . وقال أصحابُ الشافعى : لا يُحَرِّمُ عَلَيْهِ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ الأولى لم تَبْقَ فِرَاشًا ، فَاشْتَبَهَ ما لو وَطِئَ أُمَّةً ثم اشْتَرَى أُخْتُهَا . ولنا ، أنَّ هذه صارت فِرَاشًا ، وقد رَجَعَتْ إليه التى كانت فِرَاشًا ، فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ^(٢٠) كُلُّ واحدةٍ منهما تكونُ أُخْتُهَا فِرَاشًا ، كما لو انْفَرَدَتْ به . فَأَمَّا إن استَفْرَشَ أُمَّةً^(٢١) ثم اشْتَرَى^(٢٢) أُخْتُهَا ، فَإِنَّ

(١٢) في ١ ، م : « ولأنها » .

(١٣) سقط من : ١ .

(١٤) في الأصل : « يحل » .

(١٥) في ١ ، م : « نصب » .

(١٦) سقط من : الأصل ، ب .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في الأصل : « أمة » .

(١٩) في الأصل ، ١ ، ب : « امرأته » .

(٢٠-٢١) في ١ ، ب ، م : « واشترى » .

المُشْتَرَاةَ لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا لَهُ ، لَكِنْ^(٢١) هِيَ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ بِاسْتِفْرَاشِ^(٢٢) أُخْتِهَا . وَلَوْ أُخْرِجَ
الْمَوْطُوءَةُ عَنْ مِلْكِهِ ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ قَبْلَ وَطْءِ أُخْتِهَا ، فَهِيَ حَلَالٌ لَهُ ، وَأُخْتُهَا مُحَرَّمَةٌ
عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أُخْتَهَا فِرَاشُهُ .

فصل : وَحَكْمُ الْمُبَاشَرَةِ مِنَ الْإِمَاءِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، وَالنَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ بِشَهْوَةٍ ،
فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى تَحْرِيمِ الْأُخْتِ ، كَحُكْمِهِ فِي تَحْرِيمِ الرَّبِيبَةِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَحْرُمُ ؛ لِأَنَّ
الْحِلَّ ثَابِتٌ بِقَوْلِهِ : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾^(٢٣) . وَمُخَالَفَةُ ذَلِكَ إِنَّمَا ثَبَتَتْ بِقَوْلِهِ :
﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾^(٢٤) . وَالْمُرَادُ بِهِ الْجَمْعُ فِي الْعَقْدِ أَوِ الْوَطْءِ ، وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ
مِنْهُمَا ، وَلَا مَا فِي مَعْنَاهُمَا .

فصل : وَإِنْ وَطِئَ أَمَتَهُ ، ثُمَّ أَرَادَ نِكَاحَ أُخْتِهَا ، فَقَدْ سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ هَذَا ، فَقَالَ : لَا
يَجْمَعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ الْأَمَتَيْنِ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَصِحُّ . وَهِيَ إِحْدَى الرُّوَايَاتِ
عَنْ مَالِكٍ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ تَصْيِيرُهُ بِالْمَرْأَةِ فِرَاشًا ، فَلَمْ
يَجْزُ أَنْ تَرِدَ عَلَى فِرَاشِ الْأُخْتِ ، كَالْوَطْءِ ، وَلَئِنَّهُ فَعَلَ فِي الْأُخْتِ^(٢٥) يَتَأَفَى إِبَاحَةَ أُخْتِهَا
الْمُفْتَرِشَةَ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَالْوَطْءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ النِّكَاحُ ، وَلَا تَبَاحُ الْمُنْكَوْحَةِ حَتَّى
تُحْرَمَ أُخْتُهَا . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ
سَبَبٌ يُسْتَبَاحُ بِهِ الْوَطْءُ ، فَجَازَ أَنْ يَرِدَ عَلَى وَطْءِ الْأُخْتِ ، وَلَا يُبَيِّحُ كَالشَّرَاءِ . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ : يَصِحُّ النِّكَاحُ ، وَتَحِلُّ لَهُ الْمُنْكَوْحَةُ ، وَتُحْرَمُ^(٢٦) أُخْتُهَا ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ أَقْوَى
مِنَ الْوَطْءِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا وَجَبَ تَقْدِيمُ الْأَقْوَى . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ مَا ذَكَرْنَا ،

(٢١) فِي م : « بَل » .

(٢٢) فِي م : « بَافْتِرَاش » .

(٢٣) سُورَةُ النِّسَاءِ ٣ .

(٢٤) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٣ .

(٢٥) فِي م زِيَادَةٌ : « مَا » .

(٢٦) فِي إِثْنَادِهِ : « عَلَيْهِ » .

ولأنَّ وَطْءَ مَمْلُوكِيهِ مَعْنَى يُحَرِّمُ أُخْتَهَا لِعِلَّةِ الْجَمْعِ ، فَمَنْعَ صِبْغَةِ نِكَاحِهَا كَالزَّوْجِيَّةِ ،
 وبِفَارِقِ الشُّرَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يَقْصَدُ بِهِ الْوَطْءُ ، وَلِهَذَا صَحَّ شِرَاءُ الْأُخْتَيْنِ ، وَمَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ .
 وقولهم : النِّكَاحُ أَقْوَى ^(٢٧) مِنَ الْوَطْءِ ^(٢٨) بِمِلْكِ الْيَمِينِ ^(٢٩) . / مَنُوعٌ . وَإِنْ سُلِّمَ ، فَالْوَطْءُ
 ٦٢/٧ ط أُسْبَقُ ، فَيُقَدِّمُ وَيَمْنَعُ صِبْغَةً مَا يَطْرَأُ عَلَيْهِ مِمَّا يُنَافِيهِ ^(٣٠) ، كَالْعِدَّةِ تَمْنَعُ ابْتِدَاءَ نِكَاحِ
 الْأُخْتِ ، وَكَذَلِكَ وَطْءُ الْأُمَةِ يُحَرِّمُ نِكَاحَ ابْنَتِهَا وَأُمِّهَا ، وَلَئِنْ هَذَا بِمَنْزِلَةِ نِكَاحِ
 الْأُخْتِ ^(٣١) فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا ، لَكَوْنُهُ لَمْ يَسْتَبْرِئِ الْمُوْطُوءَةَ .

فصل : فَإِنْ زَوَّجَ الْأُمَةُ الْمُوْطُوءَةَ ، أَوْ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِهِ ، فَلَهُ نِكَاحُ أُخْتِهَا . وَإِنْ
 عَادَتِ الْأُمَةُ إِلَى مِلْكِهِ ، فَالزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا ، وَحِلُّهَا بَاقٍ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ
 أَقْوَى ، وَلَا تَحِلُّ لَهُ الْأُمَةُ . وَعَنْهُ أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ تُحَرَّمَ إِحْدَاهُمَا ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ الَّتِي كَانَتْ فِرَاشًا
 قَدْ عَادَتْ إِلَيْهِ ، وَالْمُنْكَوحَةُ مُسْتَفْرَشَةٌ ، فَأَشْبَهَ أُمَّتَهُ الَّتِي وَطِئَ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ تَزْوِيجِ
 الْأُخْرَى ، ثُمَّ طَلَّقَ الزَّوْجَ أُخْتَهَا . وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، ثُمَّ اشْتَرَى أُخْتَهَا ، صَحَّ الشُّرَاءُ ، وَلَمْ
 تَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ كَالْوَطْءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطِئَ أُمَّتَهُ ثُمَّ اشْتَرَى أُخْتَهَا . فَإِنْ وَطِئَ أُمَّتَهُ
 حُرْمَتًا ^(٣٢) عَلَيْهِ حَتَّى ^(٣٣) يَسْتَبْرِئَ الْأُمَةَ ، ثُمَّ تَحِلَّ لَهُ زَوْجَتُهُ دُونَ أُمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ أَقْوَى
 وَأَسْبَقُ ، وَإِنَّمَا وَجَبَ الْاسْتِبْرَاءُ لئَلَّا يَكُونَ جَامِعًا لِمَا فِيهِ رَجَمُ أُخْتَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
 يُحَرَّمَ عَلَيْهِ جَمِيعًا ، حَتَّى تُحَرَّمَ إِحْدَاهُمَا ، كَالْأُمَّتَيْنِ .

١١٥٤ - مسألة ؛ قال : (وَعَمَّةُ الْأُمَةِ وَحَالَاتُهَا فِي ذَلِكَ كَأُخْتِهَا)

يعنى فى تحریم الجمیع بینهما فی الوطء ، والتفصیل فیهما كالتفصیل فی الأختین ، على
 ما ذكرنا .

(٢٧) فى ١ : « أولى » .

(٢٨-٢٩) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٢٩) فى م : « فيه » .

(٣٠) فى الأصل : « الأجنبية » .

(٣١) فى م : « حرمت » .

(٣٢) سقط من : ١ ، ب ، م .

١١٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ مَنْ كَانَتْ زَوْجَةُ رَجُلٍ وَابْنَتُهُ مِنْ غَيْرِهَا)

أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَرَوْنَ الْجَمْعَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَرَبِيبَتِهَا جَائِزًا ، لَا بَأْسَ بِهِ ، فَعَلَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ ، وَ(١) عَبْدُ اللَّهِ بْنُ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ . وَبِهِ قَالَ سَائِرُ الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا الْحَسَنَ ، وَعِكْرَمَةَ ، وَابْنَ أَبِي لَيْلَى . رُوِيَ (٢) عَنْهُمْ كَرَاهِيَتُهُ (٣) ؛ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا لَوْ كَانَتْ ذَكَرًا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ الْأُخْرَى ، فَأَشْبَهَتِ الْمَرْأَةَ وَعَمَّتَهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ (٤) . وَلَا تُهْمَا (٥) لَا قَرَابَةَ بَيْنَهُمَا ، فَأَشْبَهَتَا الْأَجْنَبِيَّتَيْنِ ، وَلِأَنَّ الْجَمْعَ حُرْمٌ خَوْفًا مِنْ قَطِيعَةِ الرَّحِمِ الْقَرِيبَةِ بَيْنَ الْمُتَنَاسِبَتَيْنِ (٦) ، وَلَا قَرَابَةَ بَيْنَ هَاتَيْنِ ، وَهَذَا يُفَارِقُ مَا ذَكَرُوهُ .

فصل : ولو كان للرجل (٦) ابنٌ من غيرِ زَوْجَتِهِ ، ولها بنتٌ من غيره ، أو كان له بنتٌ ولها ابنٌ ، جاز تزويجُ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ (٧) الْفُقَهَاءِ . وَحُكِيَ عَنْ طَاوُسٍ كَرَاهِيَتُهُ إِذَا كَانَ مِمَّا وَلَدَتْهُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ وَطْءِ الزَّوْجِ لَهَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ ، وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا نَسَبٌ وَلَا / سَبَبٌ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ ، وَكَوْنُهُ أَخًا لِأُخْتِهَا ، لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلتَّحْرِيمِ ، فَيَبْقَى (٨) عَلَى الْإِبَاحَةِ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ . وَمَتَى وَلَدَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ ذَلِكَ الرَّجُلِ وَلَدًا ، صَارَ عَمًّا لَوْلَدِ وَلَدَتِيهِمَا وَخَالًَا .

فصل : وإن تزوّج امرأة لم تُحَرِّمُ أمُّها ولا ابنتُها على أبيه ولا ابنه ، فمتى تزوّج امرأة

(١-١) سقط من : م . وهو الجمحي ، قتل مع عبد الله بن الزبير سنة ثلاث وسبعين . العبر ١ / ٨٢ .

(٢) في الأصل : « روى » .

(٣) في م : « كراهيته » .

(٤) سورة النساء ٢٤ .

(٥-٥) سقط من : ب .

(٦) في م : « الرجل » .

(٧) في الأصل : « أكثر » .

(٨) في ١ ، م : « فبقى » .

وَرَوْجَ ابْنِهِ أُمُّهَا ، جاز ؛ لَعَدِمَ سَبَابَ التَّحْرِيمِ . فَإِذَا وُلِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَدٌ ، كَانَ وَلَدُ الْإِبْنِ خَالَ وَلَدِ الْأَبِ ، وَوَلَدُ الْأَبِ عَمَّ وَلَدَ الْإِبْنِ . وَيُرْوَى أَنَّ رَجُلًا أَتَى عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ ، فَقَالَ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً ، وَزَوَّجْتُ ابْنِي بِأُمِّهَا ، فَأَجِزْنَا ^(٩) . فَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ : إِنْ أَخْبَرْتَنِي بِقَرَابَةٍ وَلَدِكَ مِنْ وَلَدِ ابْنِكَ أَجِزْتُكَ ^(١٠) . فَقَالَ الرَّجُلُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، هَذَا الْعُرْيَانُ بْنُ الْهَيْثَمِ الَّذِي وَلَيْتَهُ قَاتِمٌ كَسَيْفِكَ ^(١١) ، إِنْ عَلِمَ ذَلِكَ فَلَا تُجِزْنِي ^(١٢) . فَقَالَ الْعُرْيَانُ : أَحَدُهُمَا عَمُّ الْآخَرِ ، وَالْآخَرُ خَالُهُ .

فصل : وَإِذَا تَزَوَّجَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ ، وَزَوَّجَ ابْنَهُ بِنْتَهَا أَوْ أُمُّهَا ، فَوُفِّتِ امْرَأَةٌ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى صَاحِبِهَا ، فَوَطَّئَهَا ، فَإِنَّ وَطْءَ الْأَوَّلِ يُوجِبُ عَلَيْهِ مَهْرَ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطْءُ شَبْهَةٍ ، وَيُنْفَسَخُ بِهِ ^(١٣) نِكَاحُهَا مِنْ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِالْوَطْءِ حَلِيلَةً أَيْنَهُ أَوْ أَبِيهِ ، وَيَسْقُطُ ^(١٤) بِهِ مَهْرُ الْمُطَوَّعَةِ عَنْ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ جَاءَ مِنْ قَبْلِهَا ، بِتَمْكِينِهَا مِنْ وَطْئِهَا ، وَمُطَاوَعَتِهَا عَلَيْهِ ، وَلَا شَيْءَ لَزَوَّجِهَا عَلَى الْوَاطِئِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ يَرْجِعُ بِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ مُشَارِكَةً فِي إِفْسَادِ نِكَاحِهَا بِالْمُطَاوَعَةِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَى زَوْجِهَا شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَتْ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ لَزَوَّجِهَا نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَفْسَدَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، أَشْبَهَ الْمَرْأَةَ تُفْسِدُ نِكَاحَهُ بِالرِّضَاعِ . وَيَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْوَاطِئِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ أَمْرَهُ صَارَتْ أُمًّا لِمُطَوَّعَتِهِ أَوْ بِنْتًا لَهَا ، وَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى . فَأَمَّا وَطْءُ الثَّانِي ، فَيُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ لِلْمُطَوَّعَةِ ^(١٥) خَاصَّةً . فَإِنْ أَشْكَلَ الْأَوَّلُ ، انْفَسَخَ النِّكَاحَانِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرٌ مِثْلُهَا عَلَى وَاطِئِهَا ، وَلَا يَثْبُتُ رُجُوعُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، وَيَجِبُ لِامْرَأَةٍ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ نِصْفُ الْمُسَمَّى ، وَلَا يَسْقُطُ بِالشَّكِّ .

(٩) فِي أ ، ب ، م : « فَأَخْبَرْنَا » . وَأُجَازَهُ : أَعْطَاهُ جَائِزَةً .

(١٠) فِي أ ، ب ، م : « أَخْبَرْتُكَ » .

(١١) فِي أ ، ب ، م : « سَيْفِكَ » .

(١٢) فِي ب ، م : « تَخْبِرُنِي » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « وَسَقَطَ » .

١١٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَحَرَائِرُ نِسَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَذَبَائِحُهُمْ حَلَالٌ ^(١) لِلْمُسْلِمِينَ)

ليس بين أهل العلم ، بحمد الله ، اختلاف في حلِّ حَرَائِرِ نِسَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ . وممن رَوَى عنه ذلك عمرُ ، وعثمانُ ، وطلحةُ ، وحذيفةُ ، وسلمانُ ، وجابرُ ، وغيرهم . قال ابنُ المُنْذِرِ : ولا يصحُّ عن أحدٍ من الأوائل أنه حرَّم ذلك . وروى / الحَلَّالُ ، بإسناده ، أنَّ حذيفةَ ^(٢) ، وطلحةَ ^(٣) ، والجارودَ بنَ المعلَّى ، وأذينةَ العبدِيِّ ، تزوجوا نساءً من أهل الكتاب ^(٤) . وبه قال سائرُ أهل العلم . وحرَّمته الإماميةُ ، تَمَسُّكًا بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾ ^(٥) ، ﴿ وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ ^(٦) . ولنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(٧) . وإجماعُ الصحابةِ ، فأما قوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ ﴾ . فروى عن ابنِ عباسٍ أنها نُسِخَتْ بالآيةِ التي في سورة المائدة . وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى ؛ لأنَّهما مُتَقَدِّمَتَانِ ^(٨) ، والآية التي في أوَّل ^(٩) المائدة متأخِّرةٌ عنهما . وقال آخرون : ليس هذا نَسْخًا ، فإن لَفْظَةَ ^(١٠) الْمُشْرِكِينَ بإطلاقها ^(١١) لا تتناولُ أهلَ الْكِتَابِ ، بدليلِ قوله

٦٣/٧ ط

(١) في م : « حلال » .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب نكاح نساء أهل الكتاب ، من كتاب أهل الكتاب ، ومن كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٧٨ ، ٧٩ ، ٧ / ١٧٦ ، ١٧٧ . وابن أبي شيبة ، في : باب من رخص في نكاح نساء أهل الكتاب ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٥٨ . وسعيد بن منصور ، في : باب نكاح اليهودية والنصرانية . السنن ١ / ١٩٣ ، ١٩٤ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في تحريم حلالات أهل الشرك ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٢١ .

(٤) سورة الممتحنة ١٠ .

(٥) سورة المائدة ٥ .

(٦) في الأصل زيادة : « متفقتان » .

(٧) في ١ ، ب ، م : « آخر » .

(٨) في ١ ، م : « لفظ » .

(٩) في م : « بإطلاق » .

سبحانه : ﴿ لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِّينَ ﴾ ^(١٠) .
 وقال : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ ﴾ ^(١١) . وقال : ﴿ لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ ءَامَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا ﴾ ^(١٢) . وقال : ﴿ مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ ﴾ ^(١٣) . وسائر آي القرآن يَفْصِلُ بينهما ، فدلَّ على أَنَّ لَفْظَةَ الْمُشْرِكِينَ بِإِطْلَاقِهَا غَيْرُ مُتَنَاوِلَةٍ لِأَهْلِ الْكِتَابِ ، وهذا معنى قول سعيد بن جُبَيْرٍ ، وَقَتَادَةَ ، وَلِأَنَّ مَا اخْتَجُّوا بِهِ عَامٌّ فِي كُلِّ كَافِرَةٍ ، وَابْتِنَا خَاصَّةً فِي حِلِّ أَهْلِ الْكِتَابِ ، وَالْخَاصُّ يَجِبُ تَقْدِيمُهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ كِتَابِيَّةٌ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ قَالَ لِلَّذِينَ تَزَوَّجُوا مِنْ نِسَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ : طَلَّقُوهُنَّ . فَطَلَّقُوهُنَّ إِلَّا حَذِيفَةَ ، فَقَالَ لَهُ عَمَرُ : طَلَّقَهَا . قَالَ : تَشْهَدُ أَنَّهَا حَرَامٌ ؟ قَالَ : تَشْهَدُ أَنَّهَا حَرَامٌ ؟ قَالَ : هِيَ جَمْرَةٌ ^(١٤) ، طَلَّقَهَا . قَالَ : تَشْهَدُ أَنَّهَا حَرَامٌ ؟ قَالَ : هِيَ جَمْرَةٌ . قَالَ : قَدْ عَلِمْتُ أَنَّهَا جَمْرَةٌ ، ^(١٥) وَلَكِنَّهَا لِي ^(١٦) حَلَالٌ . فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ طَلْقِهَا ، فَقِيلَ لَهُ : أَلَا طَلَّقْتَهَا حِينَ أَمَرَكَ عَمَرُ ؟ قَالَ : كَرِهْتُ أَنْ يَرَى النَّاسُ أَنِّي رَكِبْتُ أَمْرًا لَا يَنْبَغِي لِي . وَلَئِنَّهُ رُبَّمَا مَالَ إِلَيْهَا قَلْبُهُ فَفَتَنَتْهُ ، وَرَبَّمَا كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ فَيَمِيلُ إِلَيْهَا .

فصل : وَأَهْلُ الْكِتَابِ الَّذِينَ هَذَا حُكْمُهُمْ ، هُمْ أَهْلُ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا ﴾ ^(١٧) . فَأَهْلُ التَّوْرَةِ الْيَهُودُ وَالسَّامِرَةُ ، وَأَهْلُ الْإِنْجِيلِ النَّصَارَى ، وَمَنْ وَاظَبَهُمْ فِي أَصْلِ دِينِهِمْ مِنَ الْإِفْرِجِجِ وَالْأَرَمَنِ وَغَيْرِهِمْ . وَأَمَّا الصَّابِيُّونَ فَاخْتَلَفَ فِيهِمُ السَّلَفُ كَثِيرًا ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُمْ /

٦٤/٧ و

(١٠) سورة البينة ١ .

(١١) سورة البينة ٦ .

(١٢) سورة المائدة ٨٢ .

(١٣) سورة البقرة ١٠٥ .

(١٤) في م هنا وفيما يأتي : « حمرة » .

(١٥-١٥) في الأصل : « ولكن هي » .

(١٦) سورة الأنعام ١٥٦ .

جِنْسٍ مِنَ النَّصَارَى . وَنَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ ، وَعَلَّقَ الْقَوْلَ فِيهِمْ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ : بَلَغَنِي أَنَّهُمْ يَسْبُتُونَ . فَهَؤُلَاءِ إِذَا يُشَبِّهُونَ الْيَهُودَ . وَالصَّحِيحُ فِيهِمْ أَنَّهُمْ إِنْ^(١٧) كَانُوا يُؤَافِقُونَ النَّصَارَى أَوْ الْيَهُودَ فِي أَصْلِ دِينِهِمْ ، وَيُخَالِفُونَهُمْ فِي فُرُوعِهِ ، فَهُمْ مِمَّنْ وَافَقُوهُ ، وَإِنْ خَالَفُوهُمْ فِي أَصْلِ الدِّينِ ، فَلَيْسَ هُمْ مِنْهُمْ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَأَمَّا مَنْ سَوَّى هَؤُلَاءِ مِنَ الْكُفَّارِ ، مِثْلَ الْمُتَمَسِّكِ بِصُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَشَيْثَ وَزُبُورِ دَاوُدَ ، فَلْيَسُوا بِأَهْلِ كِتَابٍ ، وَلَا تَحِلَّ مُنَاكَحَتُهُمْ وَلَا ذِبَائِحُهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِمْ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ، وَتَحِلُّ ذِبَائِحُهُمْ ، وَنِكَاحُ نِسَائِهِمْ ، وَيُقْرَوْنَ بِالْجِزْيَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ تَمَسَّكُوا بِكِتَابٍ مِنْ كُتُبِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، فَأَشَبَّهُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابُ عَلَيَّ طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا ﴾^(١٨) . وَلَئِنْ تِلْكَ الْكُتُبُ كَانَتْ مَوَاعِظَ وَأَمْثَالًا ، لَا أَحْكَامَ فِيهَا ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُكْمُ الْكُتُبِ الْمُشْتَمِلَةِ عَلَى الْأَحْكَامِ .

فصل : وليس للمجوس كتاب ، ولا تحل ذبائحهم ، ولا نكاح نسائهم . نص عليه أحمد . وهو قول عامة العلماء ، إلا أبا ثور ، فإنه أباح ذلك ؛ لقول النبي ﷺ : « سَنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ »^(١٩) . وَلَئِنَّهُ يُرْوَى أَنَّ حُدَيْفَةَ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وَلَا تَنْكِحُوا يُقْرَوْنَ بِالْجِزْيَةِ ، فَأَشَبَّهُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ ﴾^(٢٠) . وَقَوْلُهُ : ﴿ وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ ﴾^(٢١) . فَرُخِّصَ مِنْ ذَلِكَ فِي^(٢٢) أَهْلِ الْكِتَابِ ، فَمَنْ عَدَاهُمْ يَتَّقَى عَلَى الْعُمُومِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّ لِلْمَجُوسِ

(١٧) سقط من : ب ، م ، .

(١٨) سورة الأنعام ١٥٦ .

(١٩) أخرجه مالك ، في : باب جزية أهل الكتاب والمجوس ، من كتاب الزكاة . الموطأ ١ / ٢٧٨ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٢١ .

(٢١) سورة المتحنة ١٠ .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

كِتَابًا . وَسُئِلَ أَحْمَدُ ، أَيُصِحُّ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّ لِلْمَجُوسِ كِتَابًا ؟ فَقَالَ : هَذَا بَاطِلٌ .
وَأَسْتَعْظَمُهُ جِدًّا . وَلَوْ ثَبَتَ أَنَّ لَهُمْ كِتَابًا ، فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ حُكْمَ أَهْلِ الْكِتَابِ لَا يَثْبُتُ لِغَيْرِ أَهْلِ
الْكِتَابَيْنِ . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « سُنُّوهُمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ » . دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا كِتَابَ
لَهُمْ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ ، فِي حَقِّ دِمَائِهِمْ ، وَإِقْرَارِهِمْ بِالْحِزْبِ لِغَيْرِهِمْ ، وَذَلِكَ أَنَّهُمْ
لَمَّا كَانَتْ لَهُمْ شُبْهَةٌ بِكِتَابٍ ، غُلِبَ ذَلِكَ فِي تَحْرِيمِ دِمَائِهِمْ ، فَيَجِبُ أَنْ يُغْلَبَ حُكْمُ
التَّحْرِيمِ لِنِسَائِهِمْ وَذَبَائِحِهِمْ ، فَإِنَّا^(٢٣) إِذَا غَلَبْنَا الشُّبْهَةَ فِي التَّحْرِيمِ^(٢٤) فَتَغْلِبُ الدَّلِيلُ
الَّذِي عَارَضَتْهُ الشُّبْهَةُ فِي التَّحْرِيمِ^(٢٥) أَوْلَى ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّ حَذِيفَةَ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً ،
وَضَعَّفَ أَحْمَدُ رَوَايَةَ مَنْ رَوَى عَنْ حَذِيفَةَ أَنَّهُ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وَقَالَ : أَبُو وَائِلٍ يَقُولُ : تَزَوَّجَ
يَهُودِيَّةً . وَهُوَ أَوْثَقُ / مِمَّنْ رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : كَانَتْ امْرَأَةٌ
حَذِيفَةَ نَصْرَانِيَّةً . وَمَعَ تَعَارُضِ الرُّوَايَاتِ لَا يَثْبُتُ حُكْمُ إِحْدَاهُمَا^(٢٥) إِلَّا بِتَرْجِيحٍ ، عَلَى أَنَّهُ
لَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ عَنْ حَذِيفَةَ ، فَلَا يَجُوزُ الْاِخْتِجَاعُ بِهِ مَعَ مُخَالَفَتِهِ^(٢٦) الْكِتَابَ وَقَوْلَ سَائِرِ
الْعُلَمَاءِ . وَأَمَّا إِقْرَارُهُمْ بِالْحِزْبِ ، فَلَأَنَّا غَلَبْنَا حُكْمَ التَّحْرِيمِ لِذِمَائِهِمْ ، فَيَجِبُ أَنْ يُغْلَبَ
حُكْمُ التَّحْرِيمِ^(٢٧) فِي ذَبَائِحِهِمْ^(٢٧) وَنِسَائِهِمْ .

ظ ٦٤/٧

**فصل : وسائر الكفار غير أهل الكتاب ، كمن عبد ما استحسن من الأصنام
والأحجار والشجر والحيوان ، فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نساءهم وذبائحهم ؛
وذلك لما ذكرنا من الآيتين ، وعدم المعارض لهما . والمرئدة يحرم نكاحها على أي دين
كانت ؛ لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت إليه في إقرارها عليه ، ففي حلها
أولى .**

(٢٣) في ب : « فأما » .

(٢٤-٢٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٥) في الأصل : « أحد منهن » .

(٢٦) في ١ ، ب ، م : « مخالفة » .

(٢٧-٢٧) في ب : « لذبائحهم » .

١١٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْ الْكَافِرَةِ كِتَابِيًّا ، وَالْآخَرُ وَثْنِيًّا ، لَمْ يَنْكَحْهَا مُسْلِمٌ)

وجملته أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي ، لم يحل نكاحها ، سواء كان وثنيًّا أو مجوسياً أو مرتدًّا . وهذا قال الشافعي ، فيما إذا كان الأب غير كتابي ؛ لأنَّ الولد ينسب^(١) إلى أبيه ، ويشترط بشرطه وينسب^(٢) إلى قبيلته ، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان . ولنا ، أنها غير متمحصنة من أهل الكتاب ، فلم يجز للمسلم نكاحها ، كما لو كان أبوها وثنيًّا ، ولأنها متولدة^(٣) بين من يحل وبين من لا يحل ، فلم يحل^(٤) ، كالسمع^(٥) والبعل . ويحتمل أن تحل بكل حال^(٦) ، لدخولها في عموم الآية المبيحة ، ولأنها كتابية تفر على دينها ، فأشبهت من أبواها كتابيين . والحكم في من أبواها غير كتابيين ، كالحكم في من أحد أبويها كذلك ؛ لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيًّا ، فلأن تحرم إذا كانتا وثنيتين أولى . والاحتمال الذي ذكرناه ثم متحقق^(٧) ههنا ،^(٨) اعتباراً بحال^(٩) نفسها دون أبويها^(٩) .

١١٥٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ كِتَابِيَّةٌ ، فَأَنْتَقَلَتْ إِلَى دِينِ آخَرٍ مِنَ الْكُفْرِ ، غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أُجْبِرَتْ عَلَى الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ لَمْ تُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا)

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

(١) في الأصل : « ينتسب » .

(٢) في الأصل : « فينسب » .

(٣) في ب : « مولدة » . وفي م : « مولودة » .

(٤) في الأصل : « يجوز » .

(٥) السمع : ولد الذئب من الضبع .

(٦) في ب : « نكاح » .

(٧) في ب ، م : « تتحقق » .

(٨-٨) في م : « اعتبار الحال » .

(٩) في الأصل ، م : « أبيها » .

الأول : أن الكتابي إذا^(١) انتقل إلى غير دين أهل الكتاب ، لم يُقرَّ عليه . لا نعلم في هذا خلافاً ، فإنه إذا انتقل إلى دين لا يُقرُّ أهله بالجزية ، كعبادة الأوثان وغيرها ، ممَّا يستحسِنه ، فالأصلُي منهم لا يُقرُّ على دينه ، فالمنتقل إليه أولى . وإن / انتقل إلى المَجُوسِيَّة ، لم يُقرَّ أيضا ؛ لأنَّه انتقل إلى أنقص من دينه ، فلم يُقرَّ عليه ، كالمُسلم إذا ارتدَّ . فأما إن انتقل إلى دين آخر من دين^(٢) أهل الكتاب ، كاليهودي يتنصر ، أو النصراني يتهود ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يُقرُّ أيضا ؛ لأنَّه انتقل إلى دين باطل ، قد أقرَّ ببطلانه ، فلم يُقرَّ عليه ، كالمُرْتَدَّ . والثانية ، يُقرُّ عليه . نصَّ عليه أحمد . وهو ظاهر كلام الخرقى ، واختيار الحلال وصاحبه ، وقول أبي حنيفة ؛ لأنَّه لم يخرج عن دين أهل الكتاب ، فأشبهه غير^(٣) المنتقل . وللشافعي قولان ، كالروايتين . فأما المَجُوسِيُّ إذا انتقل إلى دين لا يُقرُّ أهله عليه ، لم يُقرَّ ، كأهل ذلك الدين . وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب ، خرج فيه الروايتان ، وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة ؛ لعموم قوله عليه السلام : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ »^(٤) . ولعموم المعنى الذى ذكرناه فيهما جميعاً .

الفصل الثانى : أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب ، لا يُقبل^(٥) منه إلا الإسلام . نصَّ عليه أحمد . واختاره الحلال وصاحبه . وهو أحد أقوال الشافعي ؛ لأنَّ غير الإسلام أذيان باطلة . قد أقرَّ ببطلانها ، فلم يُقرَّ عليها كالمُرْتَدَّ . وعن أحمد أنه لا يُقبلُ منه^(٦) إلا

(١) فى الأصل ، ا ، ب : « إن » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يعذب بعذاب الله ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وَأْمُرْهُمْ شُرَكَاءَهُمْ ﴾ ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ٤ / ٧٥ ، ٩ / ١٣٨ . وأبو داود ، فى : باب الحكم فى من ارتد ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٤٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المرتد ، من أبواب الحدود ، عارضة الأحوذى ٦ / ٢٤٣ . والنسائى ، فى : باب الحكم فى المرتد ، من كتاب التحريم . المجتبى ٧ / ٩٦ . وابن ماجه ، فى : باب المرتد عن دينه ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٣٢٣ ، ٥ / ٢٣١ .

(٤) فى الأصل : « يتقبل » .

الإسلام أو الدين الذي كان عليه ؛ لأنَّ دينه الأول قد أقرَّزناه عليه مرَّةً ، ولم ينتقل إلى خيرٍ منه ، فبقَرُّه عليه إن رَجَعَ إليه ، ولأنَّه مُنتَقِلٌ من دينٍ يُقَرُّ أهلُه عليه ، إلى دينٍ لا يُقَرُّ أهلُه عليه ، فيقبَلُ منه الرجوعُ إليه ، كالمُرتدِّ إذا رَجَعَ إلى الإسلام . وعن أحمد ، روايةٌ ثالثة ، أنَّه يقبَلُ منه أحدُ ثلاثة أشياء ؛ الإسلام ، أو الرجوعُ إلى دينه الأول ، أو دينٍ يُقَرُّ أهلُه عليه ؛ لعمومِ قوله تعالى : ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ ^(٥) . وإن انتقل إلى دينِ أهلِ الكتاب ، وقُلْنَا : لا يُقَرُّ ^(٦) . ففيه الروايتان ؛ إحداها ، لا يقبَلُ منه إلا الإسلام . والأخرى ، لا يقبَلُ منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه .

الفصل الثالث : في صِفَةِ إجبارِه على تركِ ما انتقلَ إليه . وفيه روايتان ؛ إحداها ، أنَّه يُقتلُ إن لم يرجع ، رجلاً كان أو امرأة ؛ لعمومِ قوله عليه السلام : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ » . ولأنَّه ذِمِّيٌّ ^(٧) نقضَ العهدَ ، فأشبهَه مَالُو نَقْضِهِ بتركِ التِّزَامِ الذِّمِّيِّ . وهل يُستتاب ؟ يُحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يُستتاب ؛ لأنَّه يُسترجعُ عن دينٍ باطلٍ انتقلَ إليه ، فيُستتاب ، كالمُرتدِّ . والثاني : لا يُستتاب ؛ لأنَّه كافرٌ أصليٌّ أُبِيحَ قَتْلُهُ ، فأشبهَه / الحُرْبِيَّ . فعلى هذا إن بادَرَ وأسلم ، أو رَجَعَ إلى ما يُقَرُّ عليه ، عُصِمَ ذِمُّهُ ولَا قَتْلُ . والروايةُ الثانية ، عن أحمد قال : إذا دَخَلَ الْيَهُودِيُّ فِي النَّصْرَانِيَّةِ ، رَدَّذَتْهُ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ ، ولم أدعُه فيما انتقلَ إليه ، فقتل له : أثقتلُه ؟ قال : لا ، ولكن يُضْرَبُ وَيُحْبَسُ . قال : وإن كان نصرانيًّا أو يهوديًّا ، فدَخَلَ فِي الْمَجُوسِيَّةِ ، كان أغْلَظَ ؛ لأنَّه لا تُؤْكَلُ ذِيحَتُهُ ، ولا تُنْكَحُ له امرأةٌ ، ولا يتركُ حتى يُردَّ إليها . فقتل له : أثقتلُه ^(٨) إذا لم يرجع ؟ قال : إنَّه لأهلُ ذلك . وهذا نصٌّ في أنَّ الكتابيَّ المُنتقلَ إلى دينٍ آخرٍ من دينِ أهلِ الكتابِ لا يُقتلُ ، بل يُكرَهُ بالضربِ والحبسِ .

(٥) سورة التوبة ٢٩ .

(٦) في ب زيادة : « أهلُه » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) في ب : « يقتل » .

الفصل الرابع : أَنَّ امْرَأَةَ الْمُسْلِمِ الذَّمِّيَّةَ ، إِذَا انتَقَلَتْ إِلَى دِينٍ ^(٩) غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، فَهِيَ كَالْمُرْتَدَّةِ ؛ لِأَنَّ غَيْرَ ^(١٠) أَهْلِ الْكِتَابِ لَا يَحِلُّ نِكَاحُ نِسَائِهِمْ ، فَمَتَى كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا فِي الْحَالِ ، وَلَا مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ قَبْلِهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، وَقَفَ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى يَنْفَسِخُ فِي الْحَالِ أَيْضًا .

١١٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَأَمَتُهُ الْكِتَابِيَّةُ حَلَالٌ لَهُ ، دُونَ أَمَتِهِ الْمَجُوسِيَّةِ)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : أَنَّ أَمَتَهُ الْكِتَابِيَّةَ حَلَالٌ لَهُ ^(١١) . وهذا ^(١٢) قولُ عامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا الْحَسَنَ ، فَإِنَّهُ كَرِهَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَمَةَ الْكِتَابِيَّةَ يُحَرِّمُ نِكَاحُهَا فَحَرَّمَ التَّسَرُّى بِهَا كَالْمَجُوسِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ ^(١٣) . وَلَئِنْهَا مِمَّنْ يَحِلُّ نِكَاحُ حَرَائِرِهِمْ ، فَحَلٌّ لَهُ التَّسَرُّى بِهَا ، كَالْمُسْلِمَةِ . فَأَمَّا نِكَاحُهَا فَيُحَرِّمُ ^(١٤) لِأَنَّ فِيهِ إِرْقَاقَ وَلَدِهِ ، وَإِبْقَاءَهُ مَعَ كَافِرَةٍ ، بِخِلَافِ التَّسَرُّى .

الفصل الثاني : أَنَّ مَنْ حُرِّمَ نِكَاحُ حَرَائِرِهِمْ مِنَ الْمَجُوسِيَّاتِ ، وَسَائِرِ الْكُوفَرِ سِوَى أَهْلِ الْكِتَابِ ، لَا يُبَاحُ وَطْءُ الْإِمَاءِ مِنْهُنَّ بِمِلْكِ الْيَمِينِ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ مَرَّةً الْهَمْدَانِيُّ ^(١٥) ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ،

(٩) سقط من : أ ، ب .

(١٠) في م زيادة : « دين » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في الأصل : « في » .

(١٣) سورة المؤمنون ٦ ، وسورة المعارج ٣٠ .

(١٤) في أ : « فحرم » .

(١٥) مرة بن شراحيل الهمداني الكوفي التابعي ، المعروف بمرة الطيب ومرة الخير لعبادته ، ثقة ، توفي سنة ست وسبعين .

تهذيب التهذيب ١٠ / ٨٨ ، ٨٩ .

وأبو حنيفة، ومالك، والشافعي. قال ابن عبد البر: على هذا جماعة فقهاء الأمصار، وجمهور العلماء، وما خالفه فشذوذ لا يُعَدُّ خلافاً. ولم^(٦) يُلْغْنَا إباحة ذلك إلا عن طاوس، ووجه قوله عموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٧). والآية الأخرى^(٨). وروى أبو سعيد، أن رسول الله ﷺ بعث يوم حُتَيْنَ بَعَثًا قَبْلَ أُوطَاسٍ^(٩)، فأصابواهم^(١٠) سَبَايَا، فكان ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ تَحَرَّجُوا مِنْ غَشْيَانِهِنَّ، من أجل أزواجهن من المُشْرِكِينَ، فأنزل الله عز وجل في ذلك: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾. قال: فهنَّ لهم حلال إذا انْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ. وعنه، أن رسول الله ﷺ قال في سَبَايَا أُوطَاسٍ: «لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا غَيْرُ ذَاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً». رواها أبو داود^(١١). وهو حديث صحيح. وهم عبدة أوثان. وهذا ظاهر في إباحتهن، ولأن الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سبائهم من كفار العرب، وهم عبدة أوثان، فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك، ولا يُقَلُّ عن النبي ﷺ تحريمهن، ولا أمر الصحابة باجتنابهن، وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي، نفلها إياه، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن،^(١٢) وكذلك غيرهما^(١٣) من الصحابة، والحنفية أم محمد بن الحنفية من

(٦) في الأصل: «ولا».

(٧) سورة النساء ٢٤.

(٨) التي سبقت في أول المسألة.

(٩) أوطاس: موضع على ثلاث مراحل من مكة.

(١٠) في م: «منهم».

(١١) أخرجهما أبو داود، في: باب في وطء السبايا، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ١ / ٤٩٧.

كما أخرج الأول مسلم، في: باب جواز وطء المسيبة بعد الاستبراء... من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ٢ / ١٠٧٩، ١٠٨٠. والنسائي، في: باب تأويل قول الله عز وجل: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، من كتاب النكاح. المجتبى ٦ / ٩١.

وأخرج الثاني الدارمي، في: باب في استبراء الأمة، من كتاب الطلاق. سنن الدارمي ٢ / ١٧١، والإمام أحمد، في: المسند ٣ / ٢٨، ٦٢، ٨٧.

(١٢-١٣) في م: «وغيرهما».

سَبَّيْ بَنِي حَنِيفَةَ ، وَقَدْ أَخَذَ الصَّحَابَةُ^(١٣) سَبَايَا فَارِسَ ، وَهُمْ مَجُوسٌ ، فَلَمْ يَتْلَعْنَا أَنَّهُمْ اجْتَنَبُوهُمْ ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي إِبَاحَتِهِمْ ، لَوْلَا اتِّفَاقُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى خِلَافِهِ . وَقَدْ أَجَبْتُ عَنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ بِأُجُوبَةٍ ، مِنْهَا ؛ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ أَسْلَمُوا ، كَذَلِكَ رُويَ عَنْ أَحْمَدَ حِينَ^(١٤) سَأَلَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ قَالَ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَهَوَازَنُ^(١٥) أَلَيْسَ كَانُوا عَبْدَةً أُوثَانٍ ؟ قَالَ : لَا أَدْرِي كَانُوا أَسْلَمُوا أَوْ لَا . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : إِبَاحَةُ وَطْئِهِمْ مَنْسُوخَةٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾^(١٦) .

١١٦٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً كَهَابِيَّةً)

لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ مَنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ ﴾^(١) . هذا ظاهرُ مذهبِ أحمدَ ، رَوَاهُ عَنْهُ جَمَاعَةٌ ، وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَكْحُولٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَاللَّيْثِ ، وَإِسْحَاقَ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَمُجَاهِدٍ . وَقَالَ أَبُو مَيْسَرَةَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحِلُّ بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، فَحَلَّتْ بِالنِّكَاحِ كَالْمُسْلِمَةِ . وَثَقُلَ ذَلِكَ عَنْ أَحْمَدَ ، قَالَ : لَا بَأْسَ بِتَزْوِيجِهَا . إِلَّا أَنَّ الْخَلَّالَ رَدَّ هَذِهِ الرَّوَايَةَ ، وَقَالَ : إِنَّمَا تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِيهَا ، وَلَمْ يَنْفُذْ لَهُ قَوْلٌ ، وَمَذْهَبُهُ أَنَّهَا لَا تَحِلُّ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾^(٢) . فَشَرَطَ فِي / إِبَاحَةِ نِكَاحِهِنَّ الْإِيمَانَ ، وَلَمْ يَوْجِدْ ، وَتَفَارَقَ الْمُسْلِمَةُ ، لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إِلَى اسْتِرْقَاقِ الْكَافِرِ وَلَدَهَا ، لِأَنَّ الْكَافِرَ لَا يُقَرُّ مِلْكُهُ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، وَالْكَافِرَةُ تَكُونُ مِلْكًا لِكَافِرٍ ، وَيُقَرُّ مِلْكُهُ عَلَيْهَا . وَوَلَدُهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا ، وَلَئِنْ^(٣) قَدْ اعْتَوَرَهَا^(٤)

٦٦/٧ ظ

(١٣) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

(١٤) فِي م : « أَنَّهُ » .

(١٥) فِي م : « هَوَازَن » .

(١٦) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢١ .

(١) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٥ .

(٢-٢) فِي م : « عَقَدَ اعْتَوَرَهَا » .

نَقْصَانِ ، نَقْصُ الْكُفْرِ وَالْمِلْكِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا مَعَنَا ، كَالْمَجُوسِيَّةِ لَمَّا اجْتَمَعَ فِيهَا نَقْصُ الْكُفْرِ ، وَعَدَمُ الْكِتَابِ ، لَمْ يُبَحِّ نِكَاحُهَا . وَلَا فَرَقَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ فِي تَحْرِيمِ نِكَاحِهَا ، لِعُمُومِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الدَّلِيلِ ، وَلَئِنْ مَا حُرِّمَ عَلَى الْحُرِّ تَزْوِيجُهُ لِأَجْلِ دِينِهِ ، حُرِّمَ^(٣) عَلَى الْعَبْدِ^(٤) ، كَالْمَجُوسِيَّةِ .

١١٦١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا^(١) لِحُرٍّ مُسْلِمٍ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً مُسْلِمَةً ، إِلَّا أَنْ لَا يَجِدَ طَوْلًا بِحُرَّةٍ مُسْلِمَةٍ ، وَيَخَافُ الْعَنَتَ)

الكلام في هذه المسألة في شيئين ؛ أحدهما ، أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ^(٢) نِكَاحُ الْأَمَةِ الْمُسْلِمَةِ إِذَا وَجَدَ فِيهِ الشَّرْطَانِ ، عَدَمُ الطَّوْلِ ، وَخَوْفُ الْعَنَتِ . وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ اخْتِلَافًا فِيهِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا ﴾^(٣) . الْآيَةُ . وَالصَّبْرُ عَنْهَا مَعَ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَفْضَلُ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ ﴾^(٤) . وَالثَّانِي : أَنَّهُ^(٥) إِذَا عُدِمَ الشَّرْطَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَحِلَّ نِكَاحُهَا لِحُرٍّ^(٥) . رَوَى ذَلِكَ عَنْ جَابِرٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَكْحُولٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ مُجَاهِدٌ : مِمَّا وَسَّعَ اللَّهُ عَلَى هَذِهِ الْأُمَّةِ نِكَاحُ الْأَمَةِ ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى النِّكَاحِ لَا تَمْنَعُ النِّكَاحَ ، كَمَا يَمْنَعُهُ وُجُودُ النِّكَاحِ ، كِنِكَاحِ الْأُنْثَى وَالْخَامِسَةِ . وَقَالَ قَتَادَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ : إِذَا خَافَ الْعَنَتَ حَلَّ لَهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ ، وَإِنْ وَجَدَ الطَّوْلَ ؛ لِأَنَّ إِبَاحَتَهَا لِمُضَرَّةِ خَوْفِ الْعَنَتِ ، وَقَدْ وَجِدَتْ ، فَلَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِنِكَاحِ

(٣-٣) سقط من : ب .

(١) في الأصل زيادة : « يجوز » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ٢٥ .

(٤) سقط من : ١ ، م .

(٥) في الأصل : « بحر » .

الأمّة ، فأشبهه عادم الطّول . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ إلى قوله : ﴿ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ ﴾ . فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطّول ، فلم يَجُزْ مع الاستطاعة ، كالصّوم في كفّارة الظّهار مع^(٦) استطاعة الإغتاق ، ولأنّ في تزويج الأمّة إزقاق ولّده مع الغنى عنه ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان تحت حُرّة . وقياسهم ليس بصحيح ؛ فإن نكاح الخامسة والأخت ، إنّما حرّم لأجل / الجَمْع ، وبالقُدرة على الجَمْع لا بصيرُ جامعا ، والعلة ههنا ، هو الغنى عن إزقاق ولّده ، وذلك يَحْصُلُ بالقُدرة على نكاح الحُرّة . وأما من يَجِدُ الطّول ويخاف العنت ، فإن كان ذلك لكونه لا يَجِدُ إلّا حُرّة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يُمكن وطؤها ، أو وجد مالا ولم يُزَوِّج^(٧) لقصور نسبه ، فله نكاح الأمّة ؛ لأنّه عاجز عن حُرّة تُعِفّه . وإن كانت الحرّة في جباله غيره^(٨) ، فله نكاح أمّة . نصّ عليه أحمد في الغائبة . وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم : لا يجوز ؛ لو وجدان الطّول . ولنا ، أنّه غير مستطيع للطّول^(٩) إلى حُرّة تُعِفّه ، فأشبهه مَنْ لا يَجِدُ شيئا ، ألا تَرى أنّ الله سبحانه جعل^(١٠) ابن السبيل الذي له اليسار في بلّده فقيرا ؛ لعدم قُدرة عليه في الحال ! وإن كانت له حُرّة يتمكّن من وطئها ، والعِفّة بها ، فليس بخائف العنت .

فصل : وإن قدر على تزويج كتابيّة تُعِفّه ،^(١١) أو ثمن أمّة^(١٢) ، لم يحلّ له نكاح

(٦) في م زيادة : « عدم » .

(٧) في م : « يتزوج » .

(٨) مكان هذه الكلمة في الأصل ، ا ، ب : « وما كذلك » . والعبارة غير مستقيمة ، ولعل صوابها : « وإن كانت الحرّة في جباله غير أنها غائبة » . والله أعلم .

(٩) في م : « الطول » .

(١٠) في الأصل ، ب : « نزل » .

(١١-١٢) سقط من : م .

الْأَمَةِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعيّ ، وذكروا^(١٢) وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ^(١٣) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ . وهذا غيرُ مُسْتَطِيعٍ لذلك . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ ﴾ . وهذا غيرُ خائفٍ له ، ولأنّه قَدَرَ عَلَى صِيَانَةِ وَلَدِهِ عَنِ الرَّقِّ ، فلم يَجُزْ لَهُ إِرْقَاقُهُ ، كما لو قَدَرَ عَلَى نِكَاحِ مُؤْمِنَةٍ .

فصل : وَمَنْ كَانَتْ تَحْتَهُ^(١٤) حُرَّةً يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْتَعِفَّ بِهَا ، لم يَجُزْ لَهُ نِكَاحُ أَمَةٍ . لا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ، ولا فَرْقَ بَيْنِ الْكِتَابِيَّةِ وَالْمُسْلِمَةِ فِي ذَلِكَ ؛ لما ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ .

فصل : فَإِنْ لم يَجِدْ طَوْلًا ، لَكِنْ وَجَدَ مَنْ يَقْرِضُهُ ذَلِكَ ، لم يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي بَقَاءِ الدِّينِ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلصَاحِبِهِ^(١٥) مُطَالَبَتُهُ بِهِ فِي الْحَالِ . وكذلك إِنْ رَضِيَتْ الْحُرَّةُ بِتَأْخِيرِ صَدَاقِهَا ، أَوْ تَقْوِيضِ بَضْعِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُطَالَبَتُهُ بَعْوَضِهِ . وكذلك إِنْ بَدَّلَ لَهُ بِإِذْنٍ^(١٦) أَنْ يَزِنَهُ عَنْهُ ، أَوْ يَهَبَهُ إِيَّاهُ ، لم يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ^(١٧) ؛ لما عَلَيْهِ مِنْ ضَرَرِ الْمِنَّةِ ، وَلَهُ فِي ذَلِكَ كُلُّهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ . وَإِنْ لم يَجِدْ مَنْ يَزُوجُهُ إِلَّا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ، وَكَانَ قَادِرًا عَلَيْهِ ، ولا يُجْحِفُ بِهِ ، لم يَكُنْ لَهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ . وقال أصحابُ الشافعيّ : لَهُ ذَلِكَ ، كما لو لم يَجِدِ الْمَاءَ إِلَّا بِزِيَادَةٍ عَنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، فَلَهُ التَّيْمُمُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ / مِنْكُمْ طَوْلًا ﴾ . وهذا مُسْتَطِيعٌ ، ولأنّه قَادِرٌ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ بِمَا لَا يَضُرُّهُ ، فلم يَجُزْ لَهُ إِرْقَاقُ وَلَدِهِ ، كما لو كَانَ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا ، ولا نُسَلِّمُ مَا ذَكَرُوهُ فِي التَّيْمُمِ ، ثُمَّ هَذَا مُفَارِقٌ لِلتَّيْمُمِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ التَّيْمُمَ رُخْصَةٌ عَامَّةٌ ، وَهَذَا أُيِّحَ لِلضَّرُورَةِ ، وَمَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ لَا ضَرُورَةَ . وَالثَّانِي ، أَنَّ التَّيْمُمَ يَتَكَرَّرُ ، فَيُجَابُ

٦٧/٧ ط

(١٢) فِي م : « وَذَكَرَ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « عَنْدَهُ » .

(١٥) فِي م : « وَلصَاحِبَتِهِ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا ، ب .

شِرَائِهِ بِزِيَادَةٍ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ يُفْضِي إِلَى الْإِجْحَافِ بِهِ ، وَهَذَا لَا يَتَكَرَّرُ ، فَلَا ضَرَرَ فِيهِ .

فصل : وإن كان في يده مال ، فذكر أنه مُعْسِرٌ ، وأنَّ المالَ لغيره . فالقولُ قوله ؛ لأنه حُكْمٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَمَا لو ادَّعَى مَخَافَةَ الْعَنْتِ . ومتى تَزَوَّجَ الْأُمَّةُ ، ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّهُ كَانَ مُوسِرًا حَالَ النِّكَاحِ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ؛ لأنه أَقَرَّ بِفَسَادِ نِكَاحِهِ . وهكذا إن أَقَرَّ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ^(١٨) يَخْشَى الْعَنْتَ . فإن كان قَبْلَ الدُّخُولِ وَصَدَّقَهُ السَّيِّدُ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فَلَهُ نِصْفُ الْمُسَمَّى ؛ لأنه يَدَّعِي صِحَّةَ النِّكَاحِ وَالْأَصْلُ مَعَهُ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى جَمِيعُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ ، فَعَلَى قَوْلٍ مَنْ أَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، يَلْزُمُهُ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى أَكْثَرَ ، وَجِبَ لِلْسَّيِّدِ ^(١٩) ^(٢٠) إِلَّا أَنْ ^(٢١) يُصَدِّقَهُ فِيمَا قَالَ ، فَيَكُونُ لَهُ مِنَ الْمَهْرِ مَا يَجِبُ ^(٢٢) فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ . وهل ذلك الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

١١٦٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَتَى عَقَّدَ عَلَيْهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ؛ عَدَمُ الطُّوْلِ ، وَخَوْفُ الْعَنْتِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ ، لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ)

هذا ظاهرُ المذهبِ ، وهو مذهبُ الشافعيِّ ، وفي المذهبِ وجهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَفْسُدُ النِّكَاحُ . وهو قولُ المَزنِيِّ ؛ لأنه إِنَّمَا أُبِيحَ لِلْحَاجَةِ ، فَإِذَا زَالَتِ الْحَاجَةُ لَمْ يَجْزَ لَهُ ^(١) اسْتِدَامَتُهُ ، كَمَنْ أُبِيحَ لَهُ أَكْلُ الْمَيْتَةِ لِلضَّرُورَةِ ، فَإِذَا وَجَدَ الْحَلَالَ لَمْ يَسْتَدِمَّهُ . وَلَنَا ، أَنَّ فَقْدَ الطُّوْلِ أَحَدُ شَرْطَيْ إِبَاحَةِ نِكَاحِ الْأُمَّةِ ، فَلَمْ تُعْتَبَرِ اسْتِدَامَتُهُ ، كَخَوْفِ الْعَنْتِ ، وَيُفَارِقُ أَكْلُ الْمَيْتَةِ ، فَإِنَّ أَكْلَهَا بَعْدَ الْقُدْرَةِ ابْتِدَاءً ^(٢) لِلْأَكْلِ ، وَهَذَا لَا يَبْتَدِئُ النِّكَاحُ ،

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) في م : « وللسيد » .

(٢٠) في م : « أن لا » .

(٢١) في ١ ، ب : « وجب » .

(٢٢) سقط من : ب .

إِنَّمَا يَسْتَدِيمُهُ ، وَالْإِسْتِدَامَةُ لِلنِّكَاحِ تُخَالِفُ^(٢) اِبْتِدَاءَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْعِدَّةَ وَالرَّدَّةَ وَأَمَّنَ الْعَنْتَ يَمْنَعْنَ اِبْتِدَاءَهُ دُونَ اِسْتِدَامَتِهِ .

فصل : وإن تزوّج على الأمة حُرّةً ، صَحَّ . وفي بُطْلَانِ نِكَاحِ الْأُمّةِ رَوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، لَا يُبْطَلُ . وهو قول سعيد بن / المُسَيَّبِ ، وعطاءٍ ، والشافعيّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وَرَوَى معنى ذلك عن عليّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَنْفَسِيخُ نِكَاحُ الْأُمّةِ . وهو قول ابن عباسٍ ، وَمَسْرُوقٍ ، وإسحاق ، والمُزَنِّي . وَوَجْهُ الرَّوَايَتَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فِي صَدْرِ^(٣) الْمَسْأَلَةِ . وقال النخعيّ : إن كان له من الْأُمّةِ وَلَدٌ ، لم يُفَارِقْهَا ، وَإِلَّا فَاذَرَهَا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ مُبْطِلًا لِلنِّكَاحِ فِي غَيْرِ ذَاتِ الْوَلَدِ أَبْطَلَهُ فِي ذَاتِ الْوَلَدِ ، كَسَائِرِ مُبْطَلَاتِهِ ، وَلِأَنَّ وَلَدَهُ مِنْهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا ، وَتَفَقَّهَتْ عَلَيْهِ . وَقَدْ اسْتَدْبَلُ عَلَى بَقَاءِ النِّكَاحِ بِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا تَزَوَّجَ الْحُرّةُ عَلَى الْأُمّةِ ، قَسَمَ لِلْحُرّةِ لَيْلَتَيْنِ ، وَلِلْأُمّةِ لَيْلَةً^(٤) . وَلِأَنَّهُ^(٥) لَوْ بَطَلَ بَيْنَكَاحِ^(٦) الْحُرّةِ ، لَبَطَلَ^(٧) بِالْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْمُبْدَلِ كَاسْتِعْمَالِهِ ، بِدَلِيلِ الْمَاءِ مَعَ التُّرَابِ .

١١٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مِنَ الْإِمَاءِ أَرْبَعًا ، إِذَا كَانَ الشَّرْطَانِ فِيهِ قَائِمَيْنِ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي إِبَاحَةِ أَكْثَرِ مِنْ أُمّةٍ إِذَا لَمْ تُعَفَّفَ ، فَعَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : إِذَا خَشِيَ الْعَنْتَ تَزَوَّجَ أَرْبَعًا ، إِذَا لَمْ يَصْبِرْ كَيْفَ يَصْنَعُ ؟ وَهَذَا قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَالْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ،

(٢) فِي ب : « بِخِلَافِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٤) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِي ، فِي : بَابِ الْمَهْرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٣ / ٢٨٥ .

(٥) فِي أ : « وَأَنَّهُ » . وَفِي م : « فَإِنَّهُ » .

(٦) فِي ب : « نِكَاحِ » .

(٧) فِي ب : « أَبْطَلَ » .

ومالك ، وأصحاب الرأي . والرواية الثانية ، قال أحمد : لا يُعْجِبُنِي أَنْ يَتَزَوَّجَ إِلَّا أُمَةٌ
واحدة . يَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَهُوَ مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ : أَنَّ الْحُرَّ لَا يَتَزَوَّجُ
مِنَ الْإِمَاءِ إِلَّا وَاحِدَةً ، وَقَرَأَ : ﴿ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ ﴾^(١) . وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ^(٢) مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ يُمَكِّنُهُ وَطَوْهَا لَا يَخْشَى الْعَنَتَ . وَوَجْهُ
الْأَوَّلَى قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا ﴾ . الْآيَةُ . وَهَذَا دَاخِلٌ فِي
عُمُومِهَا ، وَلِأَنَّهُ عَادِمٌ لِلطَّوْلِ ، خَائِفٌ لِلْعَنَتِ ، فَجَازَ لَهُ نِكَاحُ أُمَةٍ كَالْأَوَّلَى^(٣) .
وَقَوْلُهُمْ : لَا يَخْشَى الْعَنَتَ . قُلْنَا : الْكَلَامُ فِي مَنْ يَخْشَاهُ ، وَلَا يُبَيِّحُهُ إِلَّا لَهُ . وَقَوْلُ ابْنِ
عَبَّاسٍ يُحْمَلُ عَلَى مَنْ لَمْ يَخْشَ الْعَنَتَ ، وَكَذَلِكَ الرُّوَايَةُ الْآخَرَى عَنْ أَحْمَدَ . وَإِنْ تَزَوَّجَ
حُرَّةٌ فَلَمْ تُعْفَ ، فَذَكَرَ فِيهَا أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَتَيْنِ ، مِثْلَ نِكَاحِ الْأُمَةِ فِي حَقِّ مَنْ تَحْتَهُ أُمَةٌ لَمْ
تُعْفَ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَتِ الْحُرَّةُ تُعْفَ ، فَلَا خِلَافَ فِي تَحْرِيمِ نِكَاحِ الْأُمَةِ . وَإِنْ نَكَحَ
أُمَةٌ تُعْفَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ أُخْرَى ، فَإِنْ نَكَحَهَا ، فَنِكَاحُهَا^(٤) بَاطِلٌ .^(٥) وَإِنْ تَزَوَّجَ
أَمَتَيْنِ فِي عَقْدٍ ، وَهُوَ يَسْتَعِفُّ / بَوَاحِدَةٍ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ^(٦) ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ فِي إِحْدَاهُمَا ،
وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرَى ، فَبَطُلَ ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أُخْتَيْنِ .

٦٨/٧ ظ

فصل : وَلِلْعَبْدِ أَنْ يَنْكِحَ الْأُمَةَ ، وَإِنْ فُقِدَ فِيهِ الشَّرْطَانِ ؛ لِأَنَّهُ مُسَاوٍ لَهَا ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِيهِ
هَذَانِ الشَّرْطَانِ ، كَالْحُرِّ مَعَ الْحُرَّةِ . وَلَهُ نِكَاحُ أَمَتَيْنِ مَعًا ، وَوَاحِدَةٍ بَعْدَ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّ
خَشْيَةَ الْعَنَتِ غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ^(٧) فِيهِ . وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةٌ ، وَقُلْنَا : لَيْسَتْ الْحُرِّيَّةُ شَرْطًا فِي

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي نِكَاحِ إِمَاءِ الْمُسْلِمِينَ ، وَبَابِ لَا تَنْكِحُ أُمَةً عَلَى أُمَةٍ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ .
السنن الكبرى ٧ / ١٧٣ ، ١٧٥ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ رَخَّصَ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْأُمَةَ ، كَمَا يَجْمَعُ مِنْهُمْ ، مِنْ
كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَصْنُفُ ٤ / ١٤٧ .

(٢) فِي ب : « وَلَئِنْ » .

(٣) فِي م : « الْأَوَّلَى » .

(٤) فِي أ : « فَنِكَاحُهَا » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ب : « مُشْتَرِطَةٌ » .

نِكَاحِ الْحُرَّةِ ، فهل له أن يَنْكِحَ أُمَّةً ؟ فيه رَوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، له ذلك . وهو قول مالك ، والشافعي ؛ لأنها مُساويةٌ له ، فلم يُشْتَرَطْ لِصِحَّةِ نِكَاحِهَا عَدَمُ الْحُرَّةِ ، كَالْحُرِّ مع الْحُرَّةِ ، ولأنه لو اشْتَرَطَ عَدَمُ الْحُرَّةِ ، لاشْتَرَطَ عَدَمُ الْقُدْرَةِ عَلَيْهَا ، كما في حَقِّ الْحُرِّ^(٧) . والثانية ، لا يجوز . وهو قول^(٨) أصحاب الرأي ؛ لأنه يُرَوَى عن سعيد بن المسيب ، أنه قال : تُنْكَحُ الْحُرَّةُ عَلَى الْأُمَّةِ ، وَلَا تُنْكَحُ الْأُمَّةُ عَلَى الْحُرَّةِ . ولأنه مالِكٌ لِبُضْعِ حُرَّةٍ ، فلم يَكُنْ له أن يتزَوَّجَ أُمَّةً ، كَالْحُرِّ^(٩) . وإن عَقَدَ النِّكَاحَ عليهما جميعاً ، صَحَّ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ يَجُوزُ إِفْرَادُهَا بِالْعَقْدِ ، فَجَازَ بِالْجَمْعِ^(١٠) بينهما ، كَالْأُمَّتَيْنِ .

فصل : وَإِذَا زَنَّتِ الْمَرْأَةُ ، لَمْ يَحِلَّ لِمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ نِكَاحَهَا إِلَّا بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، انْقِضَاءُ عِدَّتِهَا ، فَإِنْ حَمَلَتْ مِنَ الزَّوْنِ فَقَضَاءُ عِدَّتِهَا بِوَضْعِهِ ، وَلَا يَحِلُّ نِكَاحُهَا قَبْلَ وَضْعِهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو يُونُسَ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . وَفِي الْأُخْرَى قَالَ : يَحِلُّ نِكَاحُهَا وَيَصِحُّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لَا يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ ، فَلَمْ يُحْرَمْ النِّكَاحُ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَحْمِلْ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ يَوْمَئِذٍ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَسْقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ »^(١٢) . يَعْنِي وَطْءَ الْحَوَامِلِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ »^(١٣) . صَحِيحٌ ، وَهُوَ عَامٌّ ، وَرُوِيَ عَنْ سَعِيدِ ابْنِ الْمُسَيَّبِ ، أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَلَمَّا أَصَابَهَا وَجَدَهَا حُبْلَى ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، وَجَعَلَ لَهَا الصَّدَاقَ ، وَجَلَدَهَا مِائَةً . رَوَاهُ سَعِيدٌ^(١٤) . وَرَأَى النَّبِيُّ ﷺ

(٧) في ب ، م : « الحرة » .

(٨) في م زيادة : « الشافعي و » . وتقدم قول الشافعي .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) في أ : « الجمع » .

(١١) في ب : « وباليوم » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٦٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٠٨ ، ١٠٩ .

(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٥٣ .

(١٤) في : باب المرأة تزوج في عدتها . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٨٨ .

امراً مُجِجاً^(١٥) على بابِ فُسْطَاطٍ ، فقال : لَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُلِمَّ بِهَا ؟ قالوا : نعم . قال : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنُهُ لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرُهُ ، كَيْفَ يَسْتَحْدِمُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ أَمْ كَيْفَ يُورَثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ » . / أخرجه مسلم^(١٦) . ولأنَّها حَامِلٌ مِنْ غَيْرِهِ ، فَحُرِّمَ عَلَيْهِ نِكَاحُهَا ، كَسَائِرِ الْحَوَامِلِ . وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا لَزِمَتْهَا الْعِدَّةُ ، وَحُرِّمَ عَلَيْهَا النِّكَاحُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي الْأَصْلِ لِمَعْرِفَةِ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ ، وَلِأَنَّهَا قَبْلَ الْعِدَّةِ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا ، فَيَكُونُ نِكَاحُهَا بَاطِلًا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لَا تَصِيرُ بِهِ الْمَرْأَةُ^(١٧) فِرَاشًا ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ الصَّغِيرِ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ^(١٨) إِذَا لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُ الْحَامِلِ ، فَغَيْرُهَا أَوْلَى ، لِأَنَّ وَطْءَ الْحَامِلِ لَا يُفْضِي إِلَى اسْتِبَاحِ النَّسَبِ^(١٩) ،^(٢٠) وَغَيْرُهَا يَحْتَمِلُ^(٢١) أَنْ يَكُونَ وَلَدُهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الثَّانِي ، فَيُفْضِي إِلَى اسْتِبَاحِ الْأَنْسَابِ ، فَكَانَ بِالتَّحْرِيمِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي الْقُبُلِ ، فَأَوْجَبَ الْعِدَّةَ ، كَوَطْءِ الشُّبْهَةِ ، وَلَا تُسَلِّمُ وَطْءَ الصَّغِيرِ الَّذِي يُمَكِّنُ مِنْهُ الْوَطْءُ . وَالشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ تُثَوِّبَ مِنَ الزُّنَى ،^(٢٢) وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ عَمَرَ ضَرَبَ رَجُلًا وَامْرَأَةً فِي الزُّنَى ، وَحَرَصَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا ، فَأَبَى

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩١ ، ٤٩٢ . والبيهقي ، في : باب لا عدة على الزانية ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ١٥٧/٧ .

(١٥) امرأة مجج : قريبة الولادة .

(١٦) في : باب تحريم وطء الحامل المسبية ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٦٥ ، ١٠٦٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٧ .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في م : « لأنه » .

(١٩) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٠-٢١) في ب ، م : « ويحتمل » .

(٢١-٢٢) في م : « قاله » .

الرجل^(٢٢). وروى أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح الزانية، فقال: يجوز، أرايت لو سرق من كرم، ثم ابتاعه، أكان يجوز^(٢٣)؟ ولنا، قول الله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ إلى قوله: ﴿وَحَرَّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٢٤). وهى قبل التوبة فى حكم الزنى، فإذا تابت زال ذلك؛ لقول النبى ﷺ: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له»^(٢٥). وقوله: «التوبة تمحو الحوبة»^(٢٦). وروى أن مرثداً دخل مكة، فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق، فدعته إلى نفسها، فلم يجبها، فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ، فقال له^(٢٧): أنكح عناقاً؟ فلم يجبه،^(٢٨) فنزل قوله^(٢٩) تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾. فدعاه رسول الله ﷺ، فتلا عليه الآية، وقال: «لا تنكحها»^(٣٠). ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنى لم^(٣١) يأمن أن تلحق به^(٣٢) ولذا من^(٣٣) غيره، وتفسد فراشه. فأما حديث عمر، فالظاهر أنه استتابها. وحديث ابن عباس ليس فيه بيان، ولا تعرض له لمحل^(٣٤) النزاع. إذا ثبت

(٢٢) أخرجهما ابن أبى شيبة، فى: باب فى الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها، من كتاب النكاح. المصنف ٤ / ٢٤٨. وعبد الرزاق، فى: باب الرجل يزنى بامرأة ثم يتزوجها، من كتاب الطلاق. المصنف ٧ / ٢٠٣، ٢٠٤. وسعيد بن منصور، فى: باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها. السنن ١ / ٢٢٤. والبيهقى، فى: باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها، من كتاب النكاح. السنن الكبرى ٧ / ١٥٥.

(٢٣) سورة النور ٣.

(٢٤) أخرجه ابن ماجه، فى: باب ذكر التوبة، من كتاب الزهد. سنن ابن ماجه ٢ / ١٤٢٠.

(٢٥) الحوبة: الإثم.

والحديث أخرجه أبو نعيم، فى: حلية الأولياء ١ / ٢٧٠.

(٢٦) سقط من: م.

(٢٧-٢٨) فى م: «فأنزل الله».

(٢٨) أخرجه أبو داود، فى: باب فى قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾، من كتاب النكاح. سنن أبى داود

١ / ٤٧٣. والنسائى، فى: باب تزويج الزانية، من كتاب النكاح. المجتبى ٦ / ٥٤، ٥٥.

(٢٩) فى ب: «لا».

(٣٠-٣١) فى م: «ولد».

(٣١) فى الأصل، ب: «بمحل».

هذا فإن عِدَّةَ الزَّانِيَةِ كِعِدَّةِ الْمُطَلَّقةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبْرَأَ لِحُرَّةِ ، فَأَشْبَهَ / عِدَّةَ الْمُوطُوءَةِ بِشُبْهَةِ . وحكى ابنُ أُمَيٍّ موسى ، أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ نِكَاحٍ وَلَا شُبْهَةِ نِكَاحٍ ، فَأَشْبَهَ اسْتَبْرَاءَ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا عَقَّتْ . وَأَمَّا التَّوْبَةُ ، فَهِيَ الْاسْتِغْفَارُ وَالنَّدَمُ وَالْإِقْلَاعُ عَنْ الذَّنْبِ ، كَالتَّوْبَةِ مِنْ سَائِرِ الذُّنُوبِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ قِيلَ لَهُ : كَيْفَ تُعْرِفُ تَوْبَتَهَا ؟ قَالَ : يُرِيدُهَا عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ طَاوَعْتَهُ فَلَمْ تَتُبْ ، وَإِنْ أَبَتْ فَقَدْ تَابَتْ . فَصَارَ أَحْمَدُ إِلَى قَوْلِ ابْنِ عَمَرَ أَتْبَاعًا لَهُ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِمُسْلِمٍ أَنْ يَدْعُو امْرَأَةً إِلَى الزَّنى ، وَيَطْلُبُهُ مِنْهَا ، وَلَئِنْ طَلَبَهُ ذَلِكَ مِنْهَا إِنَّمَا يَكُونُ فِي خَلْوَةٍ ، وَلَا تَحِلُّ الْخَلْوَةُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، وَلَوْ كَانَ فِي تَعْلِيمِهَا الْقُرْآنَ ، فَكَيْفَ يَحِلُّ فِي مُرَاوَدَتِهَا عَلَى الزَّنى ! ثُمَّ لَا يَأْمَنُ إِنْ أَجَابَتْهُ إِلَى ذَلِكَ أَنْ تَعُودَ إِلَى الْمَعْصِيَةِ ، فَلَا يَحِلُّ لِلتَّعَرُّضِ لِمِثْلِ هَذَا ، وَلَئِنْ التَّوْبَةُ مِنْ سَائِرِ الذُّنُوبِ ، وَفِي حَقِّ سَائِرِ النَّاسِ ، وَبِالنَّسْبَةِ إِلَى سَائِرِ الْأَحْكَامِ ، عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ ، فَكَذَلِكَ يَكُونُ^(٣٢) هَذَا .

فصل : وَإِذَا وَجَدَ الشَّرْطَانِ حَلَّ نِكَاحِهَا لِلزَّانِي وَغَيْرِهِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ : أَبُو بَكْرٍ ، وَعَمَرُ ، وَابْنُهُ^(٣٣) ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ،^(٣٤) وَجَابِرٌ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَطَاوُسٌ^(٣٥) ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَالْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ ، وَعَائِشَةَ ، أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لِلزَّانِي بِحَالٍ ، قَالُوا : لَا يَزَالَانِ زَانِيَيْنِ مَا اجْتَمَعَا ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ وَالْحَبْرِ^(٣٥) . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا بِذَلِكَ مَا كَانَ قَبْلَ التَّوْبَةِ ، أَوْ قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ،

(٣٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤-٣٥) سقط من : م .

(٣٥) أخرجه البيهقي ، في : باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٦ ، ١٥٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها . السنن ١ / ٢٢٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يتزوجها ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٥١ . =

فَيَكُونُ كَقَوْلِنَا . فَأَمَّا تَحْرِيمُهَا عَلَى الْإِطْلَاقِ فَلَا يَصِحُّ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ (٣٦) . وَلَئِنَّهَا مُحَلَّلَةٌ لغيرِ الزَّانِي ، فَحَلَّتْ لَهُ ، كغيرِها .

فصل : وَإِنْ زَنَّتْ امْرَأَةٌ رَجُلًا ، أَوْ زَنَى رَجُلًا ، لَمْ يُفْسَخِ (٣٧) النِّكَاحُ ، سِوَاءَ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِذَلِكَ قَالَ مُجَاهِدٌ ، وَعَطَاءٌ ، وَالتَّحْمِي ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا زَنَتْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَيْسَ لَهَا شَيْءٌ . وَكَذَلِكَ رُوِيَ عَنْ الْحَسَنِ . وَعَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَتِهِ زَنَى قَبْلَ (٣٨) أَنْ يَدْخُلَ (٣٩) بِهَا . وَاجْتَنَحَ لَهُمْ بِأَنَّهُ لَوْ قَذَفَهَا / وَلَا عَنَّا بَأْتٍ مِنْهُ ؛ لِتَحْقِيقِهِ (٤٠) الزَّانِي عَلَيْهَا ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الزَّانِي يُبَيِّنُهَا (٤١) . وَلَنَا ، أَنَّ دَعْوَاهُ الزَّانِي عَلَيْهَا لَا يُبَيِّنُهَا ، وَلَوْ كَانَ النِّكَاحُ يَنْفَسَخُ بِهِ لَا يَنْفَسَخُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ ، كَالرِّضَاعِ ، وَلَئِنَّهَا مَعْصِيَةٌ لَا تُخْرِجُ عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَأَشْبَهَتِ السَّرْقَةَ ، فَأَمَّا اللَّعَانُ فَإِنَّهُ يَقْتَضِي الْفَسْخَ بِدُونِ الزَّانِي ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا إِذَا لَا عَنَّتْ فَقَدْ قَابَلَتْهُ ، فَلَمْ يُثْبِتْ زِنَاهَا ، وَلِذَلِكَ أُوجِبَ النَّبِيُّ ﷺ الْحَدَّ عَلَى مَنْ قَذَفَهَا ، وَالْفَسْخَ وَاقِعٌ . وَلَكِنْ أَحْمَدُ اسْتَحَبَّ لِلرَّجُلِ مُفَارَقَةَ امْرَأَتِهِ إِذَا زَنَتْ ، وَقَالَ : لَا أَرَى أَنْ يُمْسِكَ مِثْلُ هَذِهِ . وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ تُفْسِدَ فِرَاشَهُ ، وَتُلْحِقَ بِهِ وَلَدًا لَيْسَ مِنْهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَعَلَّ مِنْ كَرِهَةِ هَذِهِ

= كما أخرجه عبد الرزاق ، عن ابن مسعود وعائشة ، في : باب الرجل يزني بامرأة ثم يتزوجها ، من كتاب الطلاق .

المصنف ٧ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٣٦) سورة النساء ٢٤ .

(٣٧) في الأصل ، ب : « ينفسخ » .

(٣٨-٣٩) في م : « الدخول » .

(٣٩) أخرجه البيهقي ، في : باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها ، من كتاب النكاح . السنن

الكبرى ٧ / ١٥٦ .

(٤٠) في الأصل : « لحقيقة » .

(٤١) في م : « بينهما » .

المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم ، فيكون مثل قول أحمد هذا . قال أحمد : ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض . وذلك لما روى رُوَيْفَعُ بْنُ ثَابِتٍ ، قال : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول ^(٤٢) : « لَا يَحِلُّ لِمَرْيَةٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يَسْقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ » ^(٤٣) . يعنى إثبات الحَبَالَى . ولأنها ربما تأتي بوليد من الزنى فينسب إليه . والأولى أنه يكفي استبرأوها ^(٤٤) بحيضة واحدة ^(٤٥) ؛ لأنها تكفي في استبراء الإمام ، وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها ، أو بإعتاق سيدها ، فيكفي ههنا ، والمقصود ^(٤٥) ههنا مجرد الاستبراء ، وقد حصل بحيضة فيكفي بها .

فصل : وإذا علم الرجل من جاريته الفجور ، فقال أحمد : لا يطؤها ؛ لعلها تلحق به ولذا ليس منه . قال ابن مسعود : أكره أن أطأ أمي وقد بعث ^(٤٦) . وروى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب ، أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره ^(٤٧) . قال ابن عبد البر : هذا مجمع على تحريمه . وكان ابن عباس يُرخصُ في وطء الأمة الفاجرة ^(٤٨) . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب . ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء ، أو إذا لم يحصنها ويمنعها ^(٤٩) من الفجور ، ومن أباحه ^(٥٠) بعدها ، فيكون القولان متفقين . والله تعالى أعلم .

(٤٢) في الأصل ، م : « يقوم » .

(٤٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٦١ .

(٤٤-٤٤) في م : « بالحيضة الواحدة » .

(٤٥) في م : « والمنصوص » .

(٤٦) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٨ . وسعيد بن منصور ، في : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٨ .

(٤٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الرجل يشتري الجارية وهي حامل ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٧٠ .

(٤٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٨ . وسعيد بن منصور ، في : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٨ ، ٥٩ .

(٤٩) في م : « أو يمنعها » .

(٥٠) سقط من : م .

١١٦٤ - مسألة؛ قال: (وَمَنْ حَظَبَ امْرَأَةً، فَلَمْ تَسْكُنْ إِلَيْهِ، فَلَعْنَةُ حَظَبَتِهَا)

الْحُطْبَةُ، بِالْكَسْرِ: حِطْبَةُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ لِيَنْكِحَهَا. وَالْحُطْبَةُ، بِالضَّمِّ: هِيَ حَمْدُ اللَّهِ، وَالتَّشَهُدُ؛ / وَلَا يَحُلُو حَالَ الْمَحْطُوبَةِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

٧٠/٧ ظ

أحدها: أَنْ تَسْكُنَ إِلَى الْخَاطِبِ لَهَا، فَتُجِيبَهُ، أَوْ تَأْذَنَ لَوَلِيِّهَا فِي إِجَابَتِهِ أَوْ تَرْوِيحِهِ، فَهَذِهِ يَحْرُمُ عَلَى غَيْرِ خَاطِبِهَا حِطْبَتُهَا؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عَمَرَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا يَحْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى حِطْبَةِ أَخِيهِ». وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «لَا يَحْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى حِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرَكَ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(١). وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِفْسَادًا عَلَى الْخَاطِبِ الْأَوَّلِ، وَإِيقَاعَ الْعَدَاوَةِ بَيْنَ النَّاسِ، وَلِذَلِكَ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ. وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ، إِلَّا أَنَّ قَوْمًا حَمَلُوا النَّهْيَ عَلَى الْكَرَاهَةِ، وَالظَّاهِرُ أَوْلَى.

القسم الثاني: أَنْ تَرُدَّهُ أَوْ لَا تَرْكَنَ إِلَيْهِ. فَهَذِهِ يَجُوزُ حِطْبَتُهَا؛ لِمَا رَوَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ، أَنَّهَا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرَتْ أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَاها، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُغْلُوكَ لَا مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، أَتُكْحِنِي أَسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢). فَحَطَبَهَا النَّبِيُّ ﷺ بَعْدَ إِنْخَابِهَا إِيَّاهُ بِحِطْبَةِ مُعَاوِيَةَ وَأَبَى جَهْمٍ لَهَا، وَلِأَنَّ تَحْرِيمَ حِطْبَتِهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ إِضْرَارٌ بِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَشَاءُ أَحَدٌ أَنْ يَمْنَعَ الْمَرْأَةَ النِّكَاحَ إِلَّا مَنَعَهَا بِحِطْبَتِهِ إِيَّاهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ عَرَّضَ لَهَا فِي عِدَّتِهَا بِالْحِطْبَةِ، فَقَالَ: لَا تُقَوِّتِنِي بِنَفْسِكَ. وَأَشْبَاهُ هَذَا، لَمْ تَحْرُمْ حِطْبَتُهَا؛ لِأَنَّ فِي قِصَّةِ فَاطِمَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

(١) تقدم تخريجهما في ٦ / ٣٠٦، ٣٠٧. ويعدل في تخريج الأول صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٨ إلى ٢ / ١٠٢٩. وعارضة الأحوذى ١ / ٤٨٠ إلى ٥ / ٧٠.

(٢) قصة فاطمة بنت قيس تقدم تخريجها في ٦ / ٣٠٧.

ويضاف إليه: أخرجه البخاري، في: باب قصة فاطمة بنت قيس، من كتاب الطلاق. صحيح البخاري ٧ / ٦٤، ٧٥. ومسلم، في: باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، من كتاب الطلاق. صحيح مسلم ٢ / ١١١٤. كما أخرجه الدارمي، في: باب النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ٢ / ١٣٥، ١٣٦. والإمام أحمد، في: المسند ٦ / ٤١٢.

قال لها : « لَا تَقْوِيْنَا بِنَفْسِكَ » . ولم يُنْكِرْ خِطْبَةَ أَيْ جَهْمٍ وَمُعَاوِيَةَ لَهَا . وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ، أَنَّ ابْنَ وَهْبٍ رَوَى بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَارِثِ بْنِ سَعْدٍ بْنِ أَيْ ذُبَابٍ ^(٣) ، أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَطَبَ امْرَأَةً عَلَى جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَعَلَى مَرَّوَانَ بْنِ الْحَكَمِ ، وَعَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمَرَ ، فَدَخَلَ عَلَى الْمَرْأَةِ وَهِيَ جَالِسَةٌ فِي بَيْتِهَا ، فَقَالَ عَمَرُ : إِنَّ جَرِيرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَخْطُبُ ، وَهُوَ سَيِّدُ أَهْلِ الْمَشْرِقِ ، وَمَرَّوَانُ يَخْطُبُ ، وَهُوَ سَيِّدُ شَبَابِ قُرَيْشٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَخْطُبُ ^(٤) ، وَهُوَ مَنْ قَدْ عَلِمْتُمْ ، وَعَمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَكَشَفَتِ الْمَرْأَةُ السِّتْرَ ، فَقَالَتْ : أَجَادُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَالَتْ : فَقَدْ أَتُكِحْتُ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، فَأُنْكِحُوهُ ^(٥) . فَهَذَا عَمَرُ قَدْ خَطَبَ عَلَى وَاحِدٍ بَعْدَ وَاحِدٍ ، قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ مَا تَقُولُ الْمَرْأَةُ فِي الْأَوَّلِ .

٧١/٧ و

القسم الثالث : أَنْ يُوجَدَ مِنَ الْمَرْأَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَى وَالسُّكُونِ ، / تَعْرِيفًا لَا تَصْرِيحًا ، كَقَوْلِهَا : مَا أَنْتَ إِلَّا رِضَى ، وَمَا عَنكَ رَغْبَةٌ . فَهَذِهِ فِي حُكْمِ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ ، لَا يَحِلُّ لغيرِهِ خِطْبَتُهَا . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا رَكَنَ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ ، فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْطُبَ . وَالرُّكُونُ يُسْتَدَلُّ عَلَيْهِ بِالتَّعْرِيفِ تَارَةً ، وَبِالتَّصْرِيحِ أُخْرَى . وَقَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ إِباحَةُ خِطْبَتِهَا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي الْجَدِيدِ ؛ لِحَدِيثِ فَاطِمَةَ ، حَيْثُ خَطَبَهَا النَّبِيُّ ﷺ . وَرَعَمُوا أَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ كَلَامِهَا رُكُونُهَا إِلَى أَحَدِهِمَا . وَاسْتَدَلَّ الْقَاضِي بِخِطْبَتِهِ لَهَا قَبْلَ سُؤْلِهَا هَلْ وَجَدَ مِنْهَا مَا دَلَّ ^(٦) عَلَى الرِّضَى أَوْ لَا ؟ وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا يَخْطُبُ

(٣) في ١ ، ب ، م : « دِيَان » .

وذكر الذهبي ، في المشتبه ٢٨٣ سعد بن أي ذباب ، وقال : له صحبة . ومن ذريته الحارث بن عبد الرحمن بن أي ذباب المدني . وترجمه ابن حجر ، في تهذيب التهذيب ٢ / ١٤٧ . فسماه : الحارث بن عبد الرحمن بن عبد الله بن سعد بن أي ذباب . فقلعه ما هنا .

(٤) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٥) عزاه ابن كثير إلى ابن عساكر . انظر البداية والنهاية ٨ / ٢٥٧ .

(٦) في ١ : « يدل » .

أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ » . ولأنه وجد منها ما دَلَّ على الرُّضَى به ، وسُكُونِهَا إليه ، فَحَرَمْتُ خِطْبَتِهَا ، كما لو صرَّحت بذلك . وأما حديثُ فاطمةَ فلا حُجَّةَ لهم فيه ، فإنَّ فيه ما يَدُلُّ على أنَّها لم تَرْكُنْ إلى واحدٍ منهما ، من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد كان قال لها : « لَا تَسْقِيْنِي بِنَفْسِكَ » . وفي لفظ : « لَا تَقْوِيْنَا ^(٧) بِنَفْسِكَ » . وفي رواية ^(٨) : « إِذَا حَلَلْتَ فَأَذِينِي » . فلم تُكُنْ لَتَفْتَاتٍ بِالْإِجَابَةِ قَبْلَ أَنْ تُؤْذِنَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . والثاني ، أَنَّها ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، كَالْمُسْتَشِيرَةِ لَهُ فِيهِمَا ، أو في الْعُدُولِ عَنْهُمَا ^(٩) إِلَى غَيْرِهِمَا ^(١٠) ، وليس في الِاسْتِشَارَةِ دَلِيلٌ عَلَى تَرْجِيحِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، وَلَا مَيْلَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، على أَنَّها إِثْمًا ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ لِتَرْجِعَ إِلَى قَوْلِهِ وَرَأْيِهِ ، وَقَدْ أَشَارَ عَلَيْهَا بِتَرْكِهِمَا ؛ لما ذَكَرَ ^(١١) مِنْ غَيْبِهِمَا ، فَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى رَدِّهَا لهما ، وَتَصَرُّيْجِهَا بِمَنْعِهِمَا . ومن وَجْهِ آخَرَ ، وهو ^(١٢) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد سَبَقَهُمَا بِخِطْبَتِهَا تَعْرِيضًا ، بقوله لها ما ذَكَرْنَا ، فكانت خِطْبَتُهُ بَعْدَهُمَا مَبْنِيَّةً عَلَى الْخِطْبَةِ السَّابِقَةِ لهما ، بخِلَافِ ما نحن فيه .

فصل : والتَّعْوِيلُ في الرَّدِّ والإِجَابَةِ على الْوَلِيِّ إِنْ كانت مُجْبَرَةً ، وعليها إِنْ لم تُكُنْ مُجْبَرَةً ؛ لِأَنَّهَا أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، ولو أَجَابَ هو ، وَرَغِبَتْ عَنِ النِّكَاحِ ، كان الْأَمْرُ أَمْرًا . وَإِنْ أَجَابَ وَلِيُّهَا ، فَرَضِيَّتْ ، فهو كإِجَابَتِهَا ، وَإِنْ سَخِطَتْ فلا حُكْمَ لإِجَابَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لها . ولو أَجَابَ ^(١٣) الْوَلِيُّ في حَقِّ الْمُجْبَرَةِ ، فَكَرِهَتْ الْمُجَابَ ، واختارَتْ غَيْرَهُ ، سَقَطَ حُكْمُ إِجَابَةِ وَلِيِّهَا ، لَكَوْنِ اخْتِيَارِهَا مُقَدِّمًا عَلَى اخْتِيَارِهِ . وَإِنْ كَرِهَتْهُ وَلَمْ تُعْجِزْ سِوَاهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ / يَسْقُطَ حُكْمُ الإِجَابَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ قد أَمَرَ بِاسْتِثْمَارِهَا ،

٧١/٧ ظ

(٧) في م : « نفوتي » .

(٨) في أ : « لفظ » .

(٩-٩) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٠) في م : « ذكرنا » .

(١١) سقط من : م .

(١٢) في الأصل : « أجاز » .

فلا ينبغي له أن يُكرِّهها على من^(١٣) لا ترضاه . وإن أجابته^(١٤) ، ثم رجعت عن الإجابة وسخطته ، زال حكم الإجابة ؛ لأنَّ لها الرجوع . وكذلك إذا رجع الوليُّ المُجبر عن الإجابة ، زال حكمها ؛ لأنَّ له النظر في أمر مؤلَّيته ، ما لم يقع العقد . وإن لم ترجع هي ولا وليها ، لكن^(١٥) ترك الخاطب الخطبة ، أو أذن فيها ، جازت خطبتها ؛ لما روى في حديث ابن عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، حتَّى يأذن^(١٦) أو يترك . رواه البخاري .

فصل : وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي مُحَرَّمَةٌ . قال أحمد : لا يحلُّ لأحد أن يخطب في هذه الحال . وقال أبو حفص^(١٧) العكبريُّ : هي مكروهة غير محرمة ، وهذا نهى تأديب لا تحريم . ولنا ، ظاهر النهي ، فإن مقتضاه التحريم ، ولأنَّه نهى عن الإضرار بالآدميِّ المغصوم ، فكان على التحريم ، كالنهى عن أكل ماله وسفك دمه ، فإن فعل فإكراهه صحيح . نص عليه أحمد فقال : لا يفرق^(١٨) بينهما . وهو^(١٩) مذهب الشافعي . وروى عن مالك وداود ، أنه لا يصح . وهو قياس قول أبي بكر ؛ لأنَّه قال في البيع على بيع أخيه : هو باطل . وهذا في معناه ، ووجهه أنه نكاح منهي عنه ، فكان باطلاً كنيكاح الشغار . ولنا ، أن المحرم لم يقارن^(٢٠) العقد ، فلم يؤثر فيه ، كالمو صرَّح بالخطبة في العدة .

(١٣) في ب ، م : « ما » .

(١٤) في الأصل ، ب : « أجابت » .

(١٥) في م : « ولكن » .

(١٦) في م زيادة : « له » .

(١٧) في م : « أبو جعفر » . وتقدم في ١ / ١٤١ .

(١٨) في ب : « تفريق » .

(١٩) في ا ، ب : « وهذا » .

(٢٠) في ب ، م : « يفارق » .

فصل : ولا يُكره للولي الرجوع عن الإجابة ، إذا رأى المصلحة لها في ذلك ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، وهو نائِبٌ عنها في النَّظَرِ لها ، فلم^(٢١) يُكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه ، كما لو ساوَمَ في بيع دارها ، ثم تبَيَّنَ له المصلحة في تركها . ولا يُكره لها أيضا الرجوع إذا كَرِهَتِ الخاطِبَ ؛ لأنَّه عَقْدُ عُمَرِ^(٢٢) يَدُومُ الضَّرَرُ فيه ، فكان لها الاحتياطُ لِنَفْسِها ، والنَّظَرُ في حَظِّها . وإن رَجَعَا عن ذلك لغير غَرَضٍ^(٢٣) ، كرهه ؛ لما فيه من إخلالٍ الوعد ، والرجوع عن القول ، ولم يُحَرِّم ؛ لأنَّ الحقَّ بعد لم يلزمهما^(٢٤) ، كَمَنْ ساوَمَ بِسِلْعَتِهِ^(٢٥) ، ثم بدَّله أن لا يبيعهها .

فصل : فإن كان الخاطبُ الأوَّلُ ذِمِّيًّا ، لم تُحرِّم الخطبة على خطيبته . نصَّ عليه أحمد ، فقال : لا يخطبُ على خطبة أخيه ، ولا يساوِمُ على سوِّم أخيه ، إنما هو للمُسلمين ، ولو خطبَ على خطبة يهوديٍّ أو نصرانيٍّ ، أو استامَ على سوِّمهم ، لم يكن داخلا في ذلك ؛ لأنَّهم ليسوا بإخوة للمُسلمين . وقال ابنُ عبد البر : لا يجوز أيضا ؛ لأنَّ / هذا خَرَجَ مَخْرَجَ الغالبِ ، لا لِتخصيصِ المُسلم به . ولنا ، أن لَفْظَ النَّهْيِ خاصٌّ في المسلمين ، وإلحاق غيره به إنما يَصِحُّ إذا كان مثله ، وليس الذمِّيُّ كالمُسلم ، ولا حرْمَتُهُ كحرْمَتِهِ ، ولذلك لم تُجِبْ إجابَتهم في دَعْوَةِ الوليمة ونحوها . وقوله : خَرَجَ مَخْرَجَ الغالبِ . قلنا : متى كان في المَخْصُوصِ بالذكر معنى يصلح^(٢٦) أن يُعتَبَرَ في الحُكْمِ ، لم يَجْزُ حَذْفُهُ ولا تَعْدِيَةُ الحُكْمِ بدونه ،^(٢٧) والأخوة الإسلامية لها^(٢٧) تأثيرٌ في وجوب

(٢١) في م : « فلا » .

(٢٢) في م : « عمرى » .

(٢٣) في ١ ، ب : « عذر » .

(٢٤) في الأصل ، ب : « يلزمها » .

(٢٥-٢٥) في م : « سام سلعة » .

(٢٦) في م : « يصح » .

(٢٧-٢٧) في م : « والأخوة الإسلامية » .

الاخترام ، وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه ، وحفظ قلبه ، واستبقاء مودته ، فلا يجوز خلاف^(٢٨) ذلك . والله أعلم .

١١٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ عَرَّضَ لَهَا وَهَى فِي الْعِدَّةِ ، بِأَنْ يَقُولَ : إِنِّي فِي مِثْلِكَ لَرَأَيْتُ . وَإِنْ قُضِيَ شَيْءٌ كَانَ . وَمَا أَشْبَهُهُ مِنَ الْكَلَامِ ، مِمَّا يَدُلُّهَا^(١) عَلَى رَغْبَتِهِ فِيهَا ، فَلَا بَأْسَ إِذَا لَمْ يُصْرَخْ)

وجملة ذلك أن المعتدات^(٢) على ثلاثة أضرب ؛ معتدة من وفاة ، أو طلاق ثلاث ، أو فسوخ لتحريرها على زوجها ، كالفسوخ برضا ع ، أو لعان ، أو نحوه^(٣) مما لا تحل بعده^(٤) لزوجها ، فهذه يجوز التعريض بخطبتها في عدتها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ ﴾^(٥) . ولما روت فاطمة بنت قيس ، أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً : « إِذَا حَلَلْتَ فَأَذِينِي » . وفي لفظ : « لَا تَسْبِقِينِي بِنَفْسِكَ » . وفي لفظ : « لَا تَفُوتِينَا بِنَفْسِكَ »^(٦) . وهذا تعريض بخطبتها في عدتها . ولا يجوز التصريح ؛ لأن الله تعالى لما خصّ التعريض بالإباحة^(٧) ، دلّ على تحريم التصريح ، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح ، فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها ، والتعريض بخلافه . القسم الثاني ، الرجعية ، فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ، ولا التصريح ؛ لأنها في حكم الزوجات ، فهي كالتى

(٢٨) في ١ ، ب : « صرف » .

(١) في الأصل : « يدل » . وفي ب : « بدله » .

(٢) في م : « المعتدات » .

(٣) في ١ ، ب : « ونحوه » .

(٤) في م : « بعد » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٥ .

(٦) تقدم تخريجه في ٦ : ٣٠٧ ، ٣٠٨ .

(٧) في الأصل : « بالإجابة » .

في صُلْبِ نِكَاحِهِ . القسم الثالث ، بَائِنٌ يَحِلُّ لِرُؤُوسِهَا نِكَاحُهَا ، كَالْمُخْتَلَعَةِ ، وَالبَائِنِ
بَفَسْخِ^(٨) لَعْنِ^(٩) أَوْ إِعْسَارِ وَنَحْوِهِ ، فَلِرُؤُوسِهَا التَّصْرِيحُ بِخَطْبَتِهَا وَالتَّعْرِيزُ ؛ لِأَنَّهَا
مُبَاحٌ^(١٠) لَهُ نِكَاحُهَا فِي عِدَّتِهَا ، فَهِيَ كَغَيْرِ الْمُعْتَدَةِ . وَهَلْ يَجُوزُ لِغَيْرِهِ التَّعْرِيزُ
بِخَطْبَتِهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ أَيْضًا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ ،
وَلِأَنَّهَا بَائِنٌ فَأَشْبَهَتْ الْمُطَلَّقةَ ثَلَاثًا . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ أَنْ
يَسْتَبِيحَهَا ، فَهِيَ كَالرَّجْعِيَّةِ . وَالْمَرْأَةُ فِي الْجَوَابِ ، كَالرَّجُلِ فِي الْخُطْبَةِ ، فِيمَا يَحِلُّ
وَيَحْرُمُ ؛ لِأَنَّ الْخُطْبَةَ لِلْعَقْدِ ، فَلَا يَخْتَلِفَانِ فِي حِلِّهِ وَحُرْمَتِهِ ؛ / إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالتَّعْرِيزُ
أَنْ يَقُولَ : إِنِّي فِي مِثْلِكَ لِرَاغِبٍ . وَرُبَّ رَاغِبٍ فِيكَ . وَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ : التَّعْرِيزُ
أَنْ يَقُولَ : إِنَّكَ عَلَيَّ لَكَرِيمَةٍ . وَإِنِّي فِيكَ لِرَاغِبٍ . وَإِنَّ اللَّهَ لَسَائِقٌ إِلَيْكَ خَيْرًا أَوْ رِزْقًا .
وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : أَنْتِ جَمِيلَةٌ . وَأَنْتِ مَرْغُوبٌ فِيكَ . وَإِنْ قَالَ : لَا تَسْبِقِينَا بِنَفْسِكَ . أَوْ
لَا تُفْوتِينَا بِنَفْسِكَ . أَوْ إِذَا حَلَلْتَ فَأَذِينِي . وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازٌ . قَالَ مُجَاهِدٌ : مَاتَ
رَجُلٌ ، وَكَانَتْ امْرَأَتُهُ تَتَّبِعُ الْجَنَازَةَ ، فَقَالَ لَهَا^(١١) رَجُلٌ : لَا تَسْبِقِينَا بِنَفْسِكَ . فَقَالَتْ :
سَبَقَكَ غَيْرُكَ . وَتُجِيبُهُ الْمَرْأَةُ : إِنْ قُضِيَ شَيْءٌ كَانَ .. وَمَا تَرْغَبُ عَنْكَ . وَمَا أَشْبَهَهُ .
وَالْتَّصْرِيحُ : هُوَ اللَّفْظُ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ النِّكَاحِ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : زَوَّجْنِي نَفْسِكَ .
أَوْ إِذَا^(١٢) انْقَضَتْ عِدَّتُكَ تَزَوَّجْتُكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ هَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَكِنْ لَا
تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾^(١٣) . فَإِنَّ النِّكَاحَ يُسَمَّى سِرًّا ، قَالَ الشَّاعِرُ^(١٤) .

فَلَنْ تَطْلُبُوا سِرَّهَا لِلْغَنَى وَلَنْ تُسَلِّمُوهَا لِإِزْهَادِهَا^(١٥)

(٨) في النسخ : « يفسخ » .

(٩) في م : « لعنية » .

(١٠) في ١ ، ب ، م : « مباحة » .

(١١) سقط من : م .

(١٢) في الأصل ، ١ ، ب : « وإذا » .

(١٣) سورة البقرة ٢٣٥ .

(١٤) هو الأعشى ، والبيت في ديوانه ٧٥ .

(١٥) في م : « سرها للفتى » . ومعنى إزهادها : زهدا فيها لفقرها .

وقال الشافعي : السر : الجماع^(١٦) . وأنشد لإمرئ القيس :

أَلَا زَعَمْتَ بِسِبَاسَةِ الْقَوْمِ أَنَّنِي كَبِرْتُ وَأَنْ لَا يُحْسِنَ السَّرَّ أَمْثَالِي^(١٧)
ومواعدة السر أن يقول : عندي جماع يُرضيك . ونحوه ، وكذلك إن قال : رب
جماع يُرضيك . فنهي عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسُخف .

فصل : فإن صرَّح بالخطبة ، أو عرَّض في موضع يحرم^(١٨) التعريض ، ثم
تزوَّجها^(١٩) بعد حلها ، صحَّ نكاحه . وقال مالك : يُطْلَقُهَا تَطْلِيقَةً ، ثم يتزوَّجها .
وهذا غير صحيح ؛ لأنَّ هذا المُحرَّم لم يُقَارِنْ^(٢٠) العَقْدَ ، فلم يُؤْثَرْ فيه ، كما في النكاح
الثاني ، أو كما لو رآها مُتَجَرِّدَةً ثم تزوَّجها .

فصل : ويحرم على العبد نكاح سيِّدته . قال ابن المُنْذِر : أجمَعَ أهل العلم على أنَّ
نكاح المرأة عَبْدَهَا باطلٌ . وروى الأثرم ، بإسناده عن أبي الزُّبَيْر ، قال : سألت جابراً
عن العبد يَنْكِحُ سيِّدته ، فقال : جاءت امرأة إلى عمر بن الخطَّاب ، ونحن
بِالْجَابِيَةِ^(٢١) ، وقد نكحت عَبْدَهَا ، فانتهرها عمر ، وهمَّ أن يَرْجُمَهَا ، وقال : لَا يَحِلُّ
لَكَ^(٢٢) . ولأنَّ أَحْكَامَ النِّكَاحِ مع أَحْكَامِ الْمِلْكِ^(٢٣) يَتَنَافِيانِ ، فإنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ بِحُكْمِهِ ، يُسَافِرُ بِسَفَرِهِ ، وَيُقِيمُ بِإِقَامَتِهِ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ ،
فَيَتَنَافِيانِ .

(١٦) في ب : « النكاح » .

(١٧) البيت في ديوانه ٢٨ . وفيه : « بسباسة اليوم وبسباسة : امرأة عورته بالكبر .

(١٨) في الأصل : « تحريم » .

(١٩) في م : « تزويجها » .

(٢٠) في ١ ، ب : « يفارق » .

(٢١) الجابية : قرية من أعمال دمشق ، ثم من أعمال الجيودور من ناحية الجولان . معجم البلدان ٢ / ٣ .

(٢٢) أخرجه البيهقي ، في : باب النكاح وملك العبد لا يجتمعان ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٧ .

وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في المرأة تزوج عبدها ، السنن ١ / ١٩٢ .

(٢٣) في الأصل : « المملوك » .

فصل : وليس للسَّيِّد أن يتزوَّج أُمته ؛ لأنَّ مَلِكَ الرِّقَةِ يُفِيدُ مَلِكَ الْمَنَفَعَةِ ، وإِبَاحَةَ البُضْعِ ، فلا يَجْتَمِعُ معه عَقْدُ أَضْعَفُ منه . ولو مَلِكُ زَوْجَتِهِ وهى أُمَةٌ ، / انْفَسَخَ نِكَاحُهَا . وكذلك لو مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا . ولا نَعْلَمُ فى هَذَا خِلَافًا^(٢٤) . ولا يَجُوزُ أن يتزوَّجَ أُمَةٌ لَهُ فِيهَا مَلِكٌ . ولا يتزوَّجُ مُكَاتَّبَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ .

فصل : ولا يَجُوزُ لِلْحُرِّ أن يتزوَّجَ أُمَةً إِنْهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهَا شُبْهَةَ مَلِكٍ^(٢٥) . وهذا قَوْلُ أَهْلِ الْحِجَازِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ ، وَلَا تُعْتَقُ بِإِعْتَاقِهِ لَهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ »^(٢٦) . وَلَئِنْ لَوْ مَلَكَ جُزْءًا مِنْ أُمَةٍ ، لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهَا ، فَمَا هِيَ مُضَافَةٌ إِلَيْهِ بِجُمْلَتِهَا شَرْعًا أَوْ لَى بِالْحَرِيمِ . وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ نِكَاحُ أُمِّ سَيِّدِهِ أَوْ سَيِّدَتِهِ^(٢٧) ، مَعَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ . وَيَجُوزُ لِلْعَبْدِ^(٢٨) أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَةً إِنْهُ ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ قَطَعَ^(٢٩) وَلَا يَتَّهَى عَنْ أَبِيهِ وَمَالِهِ ، وَلِهَذَا لَا يَلِى مَالَهُ وَلَا نِكَاحَهُ ، وَلَا يَرِثُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَهُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ مِنْهُ .

فصل : وَلِلْإِنِّ نِكَاحُ أُمَةٍ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ لَهُ فِيهَا ، وَلَا شُبْهَةَ مَلِكٍ ، فَاشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْقَرَابَاتِ . وَيَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ لِمَمْلُوكِهِ ، إِذَا قُلْنَا : لَيْسَتْ الْحُرِّيَّةُ شَرْطًا فِي الصَّحَّةِ . وَمَتَى مَاتَ الْأَبُ ، فَوَرِثَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ صَاحِبَهُ ، أَوْ جُزْءًا مِنْهُ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَكَذَلِكَ إِنْ مَلَكَهُ أَوْ جُزْءًا مِنْهُ بغيرِ الْإِرْثِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، إِلَّا أَنَّ الْحَسَنَ قَالَ : إِذَا اشْتَرَى امْرَأَتَهُ لِلْعَتَقِ ، فَأَعْتَقَهَا حِينَ مَلَكَهَا ، فَهِيَ عَلَى نِكَاحِهَا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا مُتَنَافِيَانِ ، فَلَا يَجْتَمِعَانِ قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا ، فَبِمَجْرَدِ

(٢٤) فى ١ ، ب : « اختلافًا » .

(٢٥) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢٦) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٢٧٣ .

(٢٧) فى الأصل : « ولا سيدته » .

(٢٨-٢٩) فى الأصل : « نكاح » .

(٢٩) فى م : « يقطع » .

الْمَلِكُ لَهَا أَنْفَسَخَ نِكَاحَهُ سَابِقًا عَلَى عَتَقِهَا . وَحُكْمُ الْمُكَائِبِ يَتَزَوَّجُ بِنْتِ سَيِّدِهِ أَوْ سَيِّدَتِهِ ، حُكْمُ الْعَبْدِ ، فِي أَنَّهُ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهُ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : النِّكَاحُ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ^(٣٠) تَمْلِكْهُ ، إِنَّمَا لَهَا عَلَيْهِ ذِمَّةٌ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُكَائِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهُم »^(٣١) . وَلَئِنَّهُ لَوْ زَالَ الْمَلِكُ عَنْهُ ، لَمَا عَادَ^(٣٢) بَعَجَرُهُ ، كَمَا لَوْ أُعْتِقَ .

فصل : وَإِذَا مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا أَوْ بَعْضَهُ ، فَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِطَلَاقٍ ، فَمَتَى أُعْتَقَتْ^(٣٣) ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لَمْ تُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِتَطْلِيقَةٍ .^(٣٤) وَهَذَا قَالَ الْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ : هِيَ تَطْلِيقَةٌ^(٣٥) . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْفِظْ بِطَلَاقٍ صَرِيحٍ وَلَا كِنَايَةٍ ، وَإِنَّمَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ بِوُجُودِ مَا يُنَافِيهِ ، فَأَشْبَهَ انْفِسَاخَهُ بِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا أَوْ رِدَّتِهِ . وَلَوْ مَلَكَ الرَّجُلُ بَعْضَ زَوْجَتِهِ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، / وَحُرْمَ وَطْئُهَا ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْمُفْتِينَ ، حَتَّى يَسْتَخْلَصَهَا ، فَتَحِلَّ لَهُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ . وَرَوَى^(٣٥) عَنْ قَتَادَةَ أَنَّهُ قَالَ : لَمْ يَزِدْهُ مِلْكُهُ فِيهَا إِلَّا قُرْبًا . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَبْقَى فِي بَعْضِهَا ، وَمِلْكُهُ لَمْ يَتِمَّ عَلَيْهَا ، وَلَا يَتَبَيَّنُ الْحُلُّ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ وَلَا نِكَاحَ فِيهِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ وَطْءُ جَارِيَةِ ابْنِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾^(٣٦) . وَلَيْسَتْ هَذِهِ زَوْجَةٌ لَهُ ، وَلَا مَمْلُوكَتُهُ^(٣٧) ، وَلَئِنَّهُ يَحِلُّ لِابْنِهِ

(٣٠) فِي م : « لَا » .

(٣١) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٢٤ .

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « زَال » .

(٣٣) فِي م : « أُعْتَقَ » .

(٣٤-٣٥) سَقَطَ مِنْ ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٣٥) فِي ب ، م : « رَوَى » .

(٣٦) سُورَةُ الْمُؤْمِنُونَ ٦ وَسُورَةُ الْمَعَارِجِ ٣٠ .

(٣٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « مَمْلُوكَةٌ » .

وَطُؤُهَا ، وَلَا تَحِلُّ الْمَرْأَةُ لِرَجُلَيْنِ . فَإِنْ وَطِئَهَا ، فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ دَاوُدُ : يُحَدُّ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ كَانَ ابْنُهُ وَطِئَهَا حُدَّ ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ عَلَى التَّائِيْدِ . وَلَنَا ، أَنَّ لَهُ فِيهَا شُبْهَةً ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . وَالْحَدُّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَلَئِنْ الْأَبَ لَا يُقْتَلُ بِقَتْلِ ابْنِهِ ، وَالْقِصَاصُ حَقُّ آدَمِيٍّ ، فَإِذَا سَقَطَ بِشُبْهَةٍ^(٣٨) الْمَلِكِ ، فَالْحَدُّ الَّذِي هُوَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ، وَلَئِنْ لَا يُقَطَّعُ بِسَرِقَةٍ مَالِهِ ، وَلَا يُحَدُّ بِقَذْفِهِ ، فَكَذَلِكَ لَا يُحَدُّ بِالزَّوْنِيِّ بِجَارِيَتِهِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهَا تُحَرِّمُ عَلَى الْإِبْنِ عَلَى التَّائِيْدِ . وَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ قَدْ^(٣٩) وَطِئَهَا ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِمَا عَلَى التَّائِيْدِ . وَإِذَا لَمْ تَعْلُقْ مِنَ الْأَبِ ، لَمْ يَزَلْ مِلْكُ الْإِبْنِ عَنْهَا ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ قِيَمَتُهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا عَلَيْهِ ، وَحَرَمَهَا وَطِئَهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهَا^(٤٠) . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْهَا عَنْ مِلْكِهِ ، وَلَمْ تَنْقُصْ قِيَمَتُهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَرْضَعَتْهَا^(٤١) أُمُّرَأَتَهُ ، فَإِنَّهَا تُحَرِّمُ عَلَى الْإِبْنِ ، وَلَا يَجِبُ لَهُ ضَمَانُهَا . وَإِنْ عُلِقَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ لَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ ، لِأَجْلِ الشُّبْهَةِ ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ، وَتَصْيِيرُ الْجَارِيَةِ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَبِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا تَصْيِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطِئَ جَارِيَةً أَجْنَبِيًّا بِشُبْهَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ لِأَجْلِ الْمِلْكِ ، فَأَشْبَهَتْ الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَكَةَ إِذَا كَانَ مُوسِرًا . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَا يَلْزَمُ الْأَبَ قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ ، وَلَا قِيَمَةُ وَلَدِهَا وَلَا مَهْرُهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَلْزَمُهُ ذَلِكَ كُلُّهُ ، إِذَا حُكِمَ بِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ . وَهَذَا يَنْبَغِي^(٤٢) عَلَى أَصْلٍ ، وَهُوَ أَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَتَمَلَّكَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِلْإِبْنِ مُطَالَبَةُ أَبِيهِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ ، وَلَا قِيَمَةَ مُتْلِفٍ ، وَعِنْدَهُمْ بِخِلَافٍ

(٣٨) فِي الْأَصْلِ ، ب : « لِشُبْهَةٍ » .

(٣٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٠) فِي ١ ، ب ، م : « قَتَلَهَا » .

(٤١) فِي ب ، م : « أَرْضَعَهَا » .

(٤٢) فِي م : « يَنْبَغِي » .

ذلك ، وهذا يُذكرُ في موضع آخر ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإن وطئَ الابنُ جاريةَ أبيه ، عالمًا بتَحْرِيمِ ذلك ، فعليه الحَدُّ ، ولا يُلْحَقُه النسَبُ ، ولا تُصَيِّرُ به الجاريةُ أمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه لا مِلْكَ / له ، ولا شُبْهَةَ مِلْكٍ ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ الأجنبيَّةِ ، وكذلك سائرُ الأقاربِ .

و٧٤/٧

فصل : وإن وطئَ الأبُ وابنته جاريةَ الابنِ في طَهْرٍ واحدٍ ، فَأُثِمَ بَوَلَدٍ أَرَى القافَةَ ، فَأُلْحِقَ بِمَنِ الْحَقُّ به منهما ، وصارتْ أمَّ وَلَدٍ له ، كما لو انفردَ بوطئِها . وإن أُلْحَقَتْ بهما ، ^(٤٣) لِحَقِّ بهما ^(٤٤) . وإن أُولَدَها أَحَدُهُما بعدَ الآخرِ ، فهي أمُّ وَلَدٍ للأوَّلِ منهما خاصَّةً ؛ لأنَّها بولَدَتِها منه صارت له أمَّ وَلَدٍ ، لا يُفْرِدُها بإيلاذِها ، فلا تُنْتَقَلُ ^(٤٥) بعدَ ذلك إلى غيره ؛ لأنَّ أمَّ الوَلَدِ لا يُنْتَقَلُ ^(٤٥) المِلْكُ فيها إلى غيرِ مالِكِها . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ، في رَجُلٍ وَقَعَ على جاريةِ ابنه ، فإن كان الأبُ قابضًا لها ، ولم يكنِ الابنُ وطئَها ، فَأُحْبِلَها الأبُ ، فالوَلَدُ وَلَدُه ، والجاريةُ له ، وليس للابنِ فيها شيءٌ . قال القاضي : ظاهرُ هذا أنَّ الابنَ إن كان وطئَها ، لم تُصِرْ أمَّ وَلَدٍ للأبِ ، لأنَّه يَحْرُمُ عليه وطؤها وأخذُها ، فتكونُ قد عَلِقَتْ بِمَمْلُوكٍ . وإن كان الأبُ قَبْضَها ، ولم يكنِ الابنُ وطئَها ، مَلَكَها ؛ لأنَّ للأبِ أن يأخذَ من مالِ وَلَدِهِ ما زاد على قَدْرِ نَفَقَتِهِ ، ولم تُتَعَلَّقْ به حاجَتُه ، فيَمْلِكُها .

(٤٣-٤٤) سقط من : ١ ، م .

(٤٤) في م : « تنقل » .

(٤٥) في م : « ينقل » .

فهرس
الجزء التاسع

كتاب الفرائض

- ٩٩٤ - مسألة : (ولا يرث أخ ، ولا أخت لأب وأم أو لأب ، مع ابن ، ولا مع ابن ابن وإن سفل ، ولا مع أب)
٧ ، ٦
- ٩٩٥ - مسألة : (ولا يرث أخ ولا أخت لأم ، مع ولد ، ذكرًا كان الولد أو أنثى ، ولا مع ولد الابن ، ولا مع أب ، ولا مع جد)
٩ - ٧
- ٩٩٦ - مسألة : (والأخوات مع البنات عصبة ، هن ما فصل : اختلف أهل العلم في الكلالة ، ...)
٩ ، ٨
- ٩٩٧ - مسألة : (وبنات الابن بمنزلة البنات ، إذا لم يكن بنات)
١٠ ، ٩
- ٩٩٨ - مسألة : (فإن كن بنات وبنات ابن ، ف للبنات الثلاث ، وليس لبنات الابن شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر ، فيعصبن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين)
١١ ، ١٠
- ٩٩٩ - مسألة : (فإن كانت ابنة واحدة ، وبنات ابن ، فلائنة الصلب ... ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين)
١٤ - ١١
- فصل : ابن ابن الابن يعصب من في درجته ...
١٤ ، ١٣
- ١٠٠٠ - مسألة : (فإن كانت ابنة واحدة ، وبنات ابن ، فلائنة الصلب ... ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين)
١٦ - ١٤
- فصل : حكم بنات ابن الابن مع بنات الابن ،

- ١٦، ١٥ . حكم بنات الابن مع بنات الصلب .
- ١٠٠٠ - مسألة: (والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم ، إذا لم يكن أخوات لأب وأم ، ...)
- ١٨ - ١٦ فصل : أربعة من الذكور يعصبون أخواتهم ، فيمنعونهن الفرض ، ...
- ١٨ ١٠٠١ - مسألة: (وللأم الثلث ، إذا لم يكن إلا أخ واحد أو أخت واحدة ، ولم يكن له ولد ، ... فإن كان له ولد ، ... فليس لها إلا السدس)
- ١٩، ١٨ ١٠٠٢ - مسألة: (وليس للأب مع الولد الذكر ، أو ولد الابن ، إلا السدس ، فإن كن بنات كان له ما فضل)
- ٢١ - ١٩ فصل : الجد كالأب في أحواله الثلاث ، وله حال رابع مع الإخوة .
- ٢١، ٢٠ ١٠٠٣ - مسألة: (وللزوج النصف ، إذا لم يكن ولد ، فإن كان لها ولد ، فله الربع ، وللمرأة الربع واحدة كانت أو أربعاً ، إذا لم يكن ولد ، فإن كان له ولد فلهن الثمن)
- ٢١ ١٠٠٤ - مسألة: (وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب . وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم ...)
- ٢٣، ٢٢ ١٠٠٥ - مسألة: (وإذا كان زوج وأبوان ، أعطى الزوج النصف ، والأم ثلث ما بقى ، وما بقى فللأب . وإذا كانت زوجة وأبوان ، أعطيت الزوجة الربع ، والأم ثلث ما بقى ، وما بقى فللأب)
- ٢٤، ٢٣

- ١٠٠٦ - مسألة: (وإذا كان زوج وأم وإخوة من أم وإخوة لأب وأم ، فللزوجة النصف ، وللأم السدس ، وللإخوة من الأم الثلث ، وسقط الإخوة من الأب والأم)
- ٢٤ - ٢٧ فصل : لو كان مكان ولد الأبوين عصبه من ولد الأب سقط .
- ٢٦ فصل : إذا قيل امرأة خلفت أما ، ... هذه المشتركة ، ...
- ٢٧ ١٠٠٧ - مسألة: (وإذا كان زوج وأم وإخوة وأخوات لأب وأخت لأب وأم وأخوات لأب ، فللزوجة النصف ، ...)
- ٢٧ - ٣٠ فصل : حصل خلاف ابن عباس للصحابه في خمس مسائل ، ...
- ٣٠ ١٠٠٨ - مسألة: (وإذا كانا ابني عم ، أحدهما أخ لأب ، فللأخ للأم السدس ، وما بقي بينهما نصفين)
- ٣٠ - ٣٥ فصل : إن كان معهما أخ لأب ، فللأخ من الأم السدس ، والباقي للأخ من الأب ...
- ٣١ فصل : إن كان ابنا عم ، أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن ، فللبنت أو بنت الابن النصف ، والباقي بينهما نصفين ، وسقطت الإخوة من الأم بالبنت ...
- ٣١ ، ٣٢ فصل : حصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست ، ...
- ٣٢ ، ٣٣

فصل : ابن ابن عم هو أخ لأم ، وابن ابن عم
آخر ، للأخ السدس ، والباقي

٣٣

بينهما .

فصل : ابنا عم أحدهما زوج ، فللزوجة
النصف ، والباقي بينهما نصفان .

٣٤ ، ٣٣

فصل : أخوان من أم ، أحدهما ابن عم .

٣٤

فالثلث بينهما ، والباقي لابن العم .

فصل : ثلاثة إخوة لأم ، ... وثلاثة بنى

عم ، ... وأربعة إخوة ، ... تصح

٣٤

من اثني عشر ، ...

باب أصول سهام الفرائض التي تعول

١٠٠٩ - مسألة : (وما فيه نصف وسدس ، أو نصف وثلث ،

أو نصف وثلثان ، فأصلها من ستة ، وتعول

إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ،

٣٧ ، ٣٦

ولا تعول أكثر من ذلك)

١٠١٠ - مسألة : (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث ، أو ربع

وثلثان ، فأصلها من اثني عشر ، وتعول إلى

ثلاثة عشر ، وإلى خمسة عشر ، وإلى سبعة

٣٨ ، ٣٧

عشر ، ولا تعول إلى أكثر من ذلك)

١٠١١ - مسألة : (وما كان فيه ثمن وسدس ، أو ثمن

وسدسان ، أو ثمن وثلثان ، فأصلها من

أربعة وعشرين ، وتعول إلى سبعة

٤٨ - ٣٨

وعشرين ، ولا تعول إلى أكثر من ذلك)

فصول في تصحيح المسائل

فصل : إن كان الكسر على فريقين ، لم تخل

- ٤٢ - ٤٠ من أربعة أقسام ؛ ...
- فصل : إن كان الكسر على ثلاثة أحياز ،
- ٤٣ ، ٤٢ نظرت ، ...
- فصل : في معرفة الموافقة ، والمناسبة ،
- ٤٤ ، ٤٣ والمباينة ، ...
- فصل : في مسائل المناسخات ، ...
- ٤٥ ، ٤٤ فصل : إن أردت قسمت المسألة على قراريط
- ٤٧ - ٤٥ الدينار .
- ٤٧ فصل : في قسمة التركات ، ..
- فصل : إذا كانت التركة سهاماً من عقار ،
- فاضرب أصل سهام العقار فيما
- صحت منه المسألة ، فما بلغ فهو
- ٤٨ سهام العقار .
- ١٠١٢ - مسألة : (ويرد على كل أهل الفرائض على قدر
- ٥٠ - ٤٨ ميراثهم ، إلا الزوج والزوجة)
- ١٠١٣ - مسألة : (وإذا كانت أخت لأب وأم ، وأخت
- لأب ، وأخت لأم ، فلأخت للأب ... ، وما
- ٥٣ - ٥٠ بقى يرد عليهن على قدر سهامهن)
- فصل : فإن كان معهم أحد الزوجين ،
- أعطيته فرضه من أصل مسأله ،
- وقسمت الباقي من مسأله على فريضة
- ٥٣ - ٥١ أهل الرد .

باب الجندات

- ١٠١٤ - مسألة : (وللجدة إذا لم تكن أم السدس)
- ٥٥ ، ٥٤
- ١٠١٥ - مسألة : (وكذلك إن كثرن ، لم يزدن على السدس)

٥٥ - ٥٨

(فرضا)

فصل : لا خلاف بين أهل العلم في توريث

٥٥ - ٥٨

جدتين ؛ أم الأم ، وأم الأب .

١٠١٦ - مسألة : (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان

٥٨ - ٦٠

الميراث لأقربهن)

فصل : إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع

أخرى ، ... السدس بينهما أثلاثا ،

لذات القرابتين ثلثاه ، وللأخرى

٥٩ ، ٦٠

ثلثه .

٦٠ ، ٦١

١٠١٧ - مسألة : (والجدة ترث وابنها حي)

١٠١٨ - مسألة : (والجدات المتحاذيات أن تكون أم أم وأم

٦٢

أم أب وأم أبى أب ، وإن كثرن فعلى ذلك

باب من يرث من الرجال والنساء

١٠١٩ - مسألة : (ويرث من الرجال الابن ، ثم ابن الابن

وإن سفل ، والأب ، ... ومن النساء

٦٣ - ٦٩

البنت ، وبنت الابن ...)

فصل : جميعهم ضربان ؛ ذو فرض ،

٦٤

وعصبة .

باب ميراث الجدة

فصل : يختلف القائلون بتوريثهم معه في

٦٨ ، ٦٩

كيفية توريثهم .

١٠٢٠ - مسألة : (ومذهب أبى عبد الله ، ... إذا كان إخوة

وأخوات وجد ، قاسم الجدة بمنزلة أخ ،

حتى يكون الثلث خيرا له ، فإذا كان الثلث

- ٦٩ خيرا له ، أعطى ثلث جميع المال)
- ١٠٢١ - مسألة : (فإن كان مع الجد والإخوة والأخوات أصحاب فرائض ، أعطى أصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم نظر فيما بقي ، ...) ٧٠
- ١٠٢٢ - مسألة : (ولا ينقص الجد أبدا من سدس جميع المال ، أو تسميته إذا زادت السهام) ٧١ ، ٧٠
- ١٠٢٣ - مسألة : (وإذا كان أخ لأب وأم ، وأخ لأب ، وجد ، قاسم الجد الأخ للأب والأم ، والأخ للأب ، على ثلاثة أسهم ، ثم رجع الأخ للأب والأم على ما في يد أخيه لأبيه ، فأخذه) ٧٣ - ٧١
- فصل : أخ لأبوين وأختان لأب وجد ، للجد الثلث ، والباقي للأخ . ٧٣ ، ٧٢
- فصل : أخوان لأبوين وأخ لأب ، وجد ، للجد الثلث ، والباقي للأخوين للأبوين . ٧٣
- ١٠٢٤ - مسألة : (وإذا كان أخ وأخت لأب وأم ، أو لأب ، وجد ، كان المال بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم ؛ للجد سهمان ، وللأخ سهمان ، وللأخت سهم) ٧٣
- ١٠٢٥ - مسألة : (وإذا كانت أخت لأب وأم ، وأخت لأب ، وجد ، كانت الفريضة بين الجد والأختين على أربعة أسهم ؛ ...) ٧٤ ، ٧٣
- فصل : إن كان مع الأخت من الأبوين أختان من أب ، كان المال بينهما وبين الجد على خمسة أسهم ؛ ... ٧٤

- ١٠٢٦ - مسألة: (فإن كان مع التي من قبل الأب أخوها ،
كان المال بين الجد والأخ والأختين على ستة
أسهم ؛ ...)
٧٥ ، ٧٤
- ١٠٢٧ - مسألة الأكدرية: (وإذا كان زوج وأم وأخت وجد ،
فللزوجة النصف ، وللأم الثلث ، وللأخت
النصف ، وللجد السدس)
٧٧ - ٧٥
- فصل : زوجة وأم وأخت وجد ، للزوجة
الربع ، وللأم الثلث ، والباقي بين
الجد والأخت على ثلاثة ؛ ...
٧٧ ، ٧٦
- فصل : زوجة وأخت وجد وجدة ؛ فهي
كالتى قبلها فى فروعها ، ...
٧٧
- ١٠٢٨ - مسألة: (وإذا كانت أم وأخت وجد ، فللأم
الثلث ، وما بقى فبين الجد والأخت على
ثلاثة أسهم ؛ للجد سهمان ، وللأخت
سهم)
٧٨ ، ٧٧
- فصل : أم أو جدة وأختان وجد ، المقاسمة
خير للجد ، ويبقى خمسة على أربعة ،
فتصح من أربعة وعشرين .
٧٩ ، ٧٨
- ١٠٢٩ - مسألة: (وإذا كانت بنت وأخت وجد ، فللبنت
النصف ، وما بقى فبين الجد والأخت ، على
ثلاثة أسهم ، للجد سهمان ، وللأخت
سهم)
٨٥ - ٧٩
- فصل : بنت وأخ وجد ؛ الباقي بعد فرض
البنت بينهما نصفين ...
٨٠ ، ٧٩
- فصل : بنتان ، أو أكثر ، أو بنت وبنت ابن
وأخت وجد ، للبنتين الثلثان ، والباقي

- بين الجد والأخت على ثلاثة ، وتصح
 ٨٠ من تسعة .
 فصل : زوج وأخت وجد ، للزوج
 ٨٠ النصف ، والباقي بينهما على ثلاثة .
 فصل : زوجة وبنت وأخت وجد ، الباقي
 بين الجد والأخت على ثلاثة ، وتصح
 ٨١ من ثمانية ...

باب ذوى الأرحام

- ١٠٣٠ - مسألة : (ويورث ذوو الأرحام ، فيجعل من لم يُسَمَّ
 له فريضة على منزلة من سُمِّيَتْ له ، ممن هو
 ٩٠ - ٨٥ نحوه ، ...)
 فصل : إذا انفرد واحد من ذوى الأرحام ،
 ٩٠ - ٨٧ أخذ المال كله .
 ١٠٣١ - مسألة : (وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة ، أو
 مولى نعمة ، فهو أحق بالمال من ذوى
 ٩٣ - ٩٠ الأرحام)
 في هذه المسألة فصول ثلاثة :
 أحدها : أن الرد يُقَدَّمُ على ميراث ذوى
 ٩١ ، ٩٠ الأرحام .
 الفصل الثانى : أن المولى المعتق وعصابته أحق
 ٩١ من ذوى الأرحام .
 الفصل الثالث : فى توريثهم مع الزوج
 والزوجة ... يرثون مع أحد الزوجين
 ٩٢ ، ٩١ ما فضل عن ميراثه .
 فصل : لا يعول من مسائل ذوى الأرحام إلا

مسألة واحدة ، وشبهها ، وهى ،

خالة ، أو غيرها ممن يقوم مقام

الأم ، ... ، ٩٣

١٠٣٢ - مسألة : (وَيُورَثُ الذَّكَورُ وَالْإُنَاثُ مِنْ ذَوَى

الْأَرْحَامِ بِالسُّوْيَةِ ، إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ وَاحِدًا ،

وَأُمُّهُمْ وَاحِدَةً ، إِلَّا الْخَالَ ، وَالْخَالَهَ ،

فَلِلْخَالَ الثَّلَاثَانِ ، وَلِلْخَالَهَ الثَّلَاثُ) ٩٣ - ٩٧

فصل : إِذَا كَانَ مَعَكَ أَوْلَادُ بَنَاتٍ أَوْ

أَخَوَاتٍ ، قَسَمْتَ الْمَالَ بَيْنَ

أُمّهَاتِهِمْ ... فَمَا أَصَابَ كُلَّ وَاحِدَةٍ

مِنْهُمْ فَهُوَ لَوْلَدِهَا بِالسُّوْيَةِ . ٩٥ ، ٩٦

فصل : بِنْتُ بَنْتٍ ، وَبِنْتُ بَنْتِ ابْنٍ ، هِيَ مِنْ

أَرْبَعَةٍ ... ٩٦ ، ٩٧

١٠٣٣ - مسألة : (وَإِذَا كَانَ ابْنُ أُخْتٍ ، وَبِنْتُ أُخْتٍ

أُخْرَى ، أُعْطِيَ ابْنُ الْأُخْتِ حَقُّ أُمِّهِ

النِّصْفَ ، وَبِنْتُ الْأُخْتِ الْأُخْرَى حَقُّ أُمِّهَا

النِّصْفَ ...) ٩٧ ، ٩٨

١٠٣٤ - مسألة : (فَإِنْ كُنَ ثَلَاثُ بَنَاتٍ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ

مُفْتَرَقَاتٍ ، فَلِبْنَتِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِّ وَالْأُمِّ

ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الْمَالِ ، وَلِبْنَتِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِّ

الْخُمْسَ ، وَلِبْنَتِ الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ الْخُمْسَ) ٩٩ ، ١٠٠

١٠٣٥ - مسألة : (وَإِذَا كُنَ ثَلَاثُ بَنَاتٍ ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ مُفْتَرَقِينَ ،

فَلِبْنَتِ الْأَخِ مِنَ الْأُمِّ السُّدُسَ ، وَالْبَاقِي لِبْنَتِ

الْأَخِ مِنَ الْأَبِّ وَالْأُمِّ) ١٠٠ ، ١٠١

فصل : بِنْتُ أَخٍ لَأُمٍّ وَبِنْتُ ابْنِ أَخٍ لِأَبٍّ ،

لِلأُولَى السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي لِلثَّانِيَةِ عِنْدَ

- المنزّلين . وفي القرابة هو للأولى ؛ ... ١٠٠
 فصل : ابن وبنت أخت لأبوين وبنتا أخ لأب
 وثلاثة بنى أخت لأب وخمسة بنى
 أخت لأم وعشر بنات أخ لأم ،
 أصلها من ثمانية عشر ، ... ١٠١
- ١٠٣٦ - مسألة : (وإذا كان ثلاث بنات عمومة مفترقين ،
 فالمال لبنت العم من الأب والأم ؛ لأنهن
 أقمن مقام آبائهن) ١٠٢ ، ١٠١
- ١٠٣٧ - مسألة : (فإن كن ثلاث حالات مفترقات ، وثلاث
 عمات مفترقات ، فالثلث بين الثلاث
 حالات على خمسة أسهم ، والثلثان بين
 الثلاث عمات على خمسة أسهم) ١٠٢ - ١٠٨
- فصل : خالة وابن عم ، للخالة الثلث ،
 والباقي لابن العم . ١٠٥ ، ١٠٤
- فصل : خال وخالة وأبو أم ، المال لأبي
 الأم ... ١٠٥
- فصل : عمه وابنة أخ ، المال للعمه عند من
 نزلها أبا ، ولابن الأخ عند من نزلها
 عما ، وبينهما عند من نزلها جدا . ١٠٥ ، ١٠٦
- فصل : في عمات الأبوين وأخواتهما
 وخالاتهما ... تقديم الأسبق إلى
 الوارث إن كانا من جهة واحدة ،
 وتنزيل البعيد حتى يلحق بوارثه ... ١٠٦ ، ١٠٧
- فصل : إذا كان لدى الرحم قرابتان ، ورث
 بهما . ١٠٧ ، ١٠٨
- ١٠٣٨ - مسألة : (والحنثى المُشكّل يرث نصف ميراث ذكر ،

١٠٨ - ١١٤

ونصف ميراث أنثى ...)

فصل : اختلف من ورثته نصف ميراث ذكر

ونصف ميراث أنثى في كيفية

١١٠ - ١١٢

توريثهم .

فصل : إن كان الخنثى يرث في حال دون

حال ... يجعل للخنثى نصف ما يرثه

١١٢ ، ١١٣

في حال إرثه .

فصل : إن خلف خنثيين فصاعدا ، نزلتهم

١١٣ ، ١١٤

بعدد أحوالهم في أحد الوجهين ، ...

فصل : قد وجدنا في عصرنا ... شخصين

ليس لهما في قبلهما مخرج ... ينبغي

أن يثبت له حكم الخنثى المشكل في

١١٤

ميراثه .

١٠٣٩ - مسألة : (وابن الملاعة ترثه أمه وعصبتها ، فإن

خلف أما وخالا فلأمه الثلث ، وما بقي

١١٤ - ١٢٣

فللخال)

فصل : ابن ملاعة مات ، وترك بنتا وبنت

١١٩ ، ١٢٠

ابن ومولى أمه ، الباقي لمولى الأم .

فصل : إن لم يترك ابن الملاعة ذا سهم ،

١٢٠

فاللأول لعصبة أمه .

فصل : إذا قُسم ميراث الملاعة ، ثم أكذب

الملاعن نفسه ، لحقه الولد ،

١٢٠

وَقُضَّتِ القسمة .

فصل : لو كان المنفى باللعان توأمين ، ولهما

أخ آخر من الزوج لم ينفعه ، فمات

أحد التوأمين ، فميراث توأمه منه

- كميراث الآخر . ١٢٠ ، ١٢١
- فصل : قولهم : إن الأم عصبية ولدها ، وإن عصبيتها عصبته . إنما هو في الميراث خاصة . ١٢١
- فصل : في ميراث ابن ابن الملائنة إذا تخلف أمه ، وأم أبيه ، ... فلأمه الثلث ، والباقي لها بالرد . ١٢١ ، ١٢٢
- فصل : الحكم في ميراث ولد الزنى ... كالحكم في ولد الملائنة . ١٢٢ ، ١٢٣
- ١٠٤٠ - مسألة : (والعبد لا يرث ، ولا مال له ، فيورث عنه) ١٢٣ - ١٢٦
- فصل : يرث الأسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته . ١٢٤
- فصل : المذَّبر ، وأم الولد ، كالقن . ١٢٤
- فصل : أما المكاتب ، فإن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد ، لا يرث ، ولا يورث . ١٢٤ - ١٢٦
- ١٠٤١ - مسألة : (ومن بَغَضَهُ حر يرث ، ويورث ، ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية) ١٢٦ - ١٣٥
- فصل : ابن نصفه حر ، وابن ابن حر ، المال بينهما . ١٣٢ ، ١٣٣
- فصل : بنت نصفها حر ، لها الربع ، والباقي للعصبة . ١٣٣ - ١٣٥
- ١٠٤٢ - مسألة : (وإذا مات ، وخلف ابنين ، فأقر أحدهما بأخ ، فله ثلث ما في يده ، وإن أقر بأخت ، فلها خمس ما في يده) ١٣٥ - ١٥٠
- فصل : إن أقر جميع الورثة بوارث ، ...

- ١٣٧ ، ١٣٨ . ثبت نسبه .
- فصل : إذا خَلَفَ ابنا واحدا ، فأقر بأخ من أبيه ، دفع إليه نصف ما في يده . ١٣٨ ، ١٣٩
- فصل : متى أردت معرفة الفضل ، فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار ، ... ١٣٩ - ١٤١
- فصل : إذا خَلَفَ ابنين ، فأقر الأكبر بأخوين ، فصدقه الأصغر في أحدهما ، ثبت نسب المتفق عليه . ١٤١ ، ١٤٢
- فصل : إذا خَلَفَ ابنا ، فأقر بأخوين دفعة واحدة ، فتصادقا ، ثبت نسبهما . ١٤٢
- فصل : لو خَلَفَ ثلاثة بنين ، فأقر أحدهم بأخ وأخت ، فصدقه أحد أخويه في الأخ ، والآخر في الأخت ، لم يثبت نسبهما ... ١٤٢ ، ١٤٣
- فصل : إذا خَلَفَ بنتا وأختا ، فأقرتا لصغيرة ، ... فلها ثلث ما في يد الأخت لا غير . ١٤٣ - ١٤٥
- فصل : إذا خلف ابنا ، فأقر بأخ ، ثم جحده ، لم يقبل جحده . ١٤٥
- فصل : إذا مات رجل ، وخلف ابنين ، فمات أحدهما ، وترك بنتا ، فأقر الباقي بأخ له من أبيه ، ففى يده ثلاثة أرباع المال . ١٤٥ - ١٤٧
- فصل : إذا أقر بعض الورثة ممن أعيلت له المسألة بمن يعصبه ، فيذهب العول ، مثل مسألة فيها زوج وأختان ... ١٤٨ ، ١٤٩

فصل : إن أقر وارث بمن لا يرث ، ويسقط

١٥٠ ، ١٤٩

به ميراثه ، ...

فصل : امرأة وعم وصى لرجل بثلاث ماله ،

فأقرت المرأة والعم ، أنه أخو الميت ،

وصدقهما ، ثبت نسبه ، وأخذ

١٥٠

ميراثه .

١٠٤٣ - مسألة : (والقاتل لا يرث المقتول ، عمدا كان القتل

١٥٤ - ١٥٠

أو خطأ)

فصل : القتل المانع من الإرث هو القتل بغير

١٥٣ ، ١٥٢

حق .

فصل : أربعة إخوة ، قتل أكبرهم الثانى ، ثم

قتل الثالث الأصغر ، سقط القصاص

١٥٤ ، ١٥٣

عن الأكبر .

١٠٤٤ - مسألة : (ولا يرث مسلم كافرا ، ولا كافر مسلما ،

١٥٨ - ١٥٤

إلا أن يكون معتقا ، فيأخذ ماله بالولاء)

فصل : أما الكفار فيتوارثون ، إذا كان دينهم

١٥٧ ، ١٥٦

واحدا .

فصل : وقياس المذهب ... أن الملة الواحدة

١٥٨ ، ١٥٧

يتوارثون ، وإن اختلفت ديارهم .

١٠٤٥ - مسألة : (والمرتد لا يرث أحدا ، إلا أن يرجع قبل

١٦٠ ، ١٥٩

قسمة الميراث)

١٥٩

فصل : والزنديق كالمرتد .

فصل : إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول ،

انفسخ النكاح فى الحال ، ولم يرث

١٦٠ ، ١٥٩

أحدهما الآخر .

١٠٤٦ - مسألة : وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم ،

١٦٢ - ١٦٠

قسم له

فصل : من كان رقيقا حين موت موروثه ،

فأعتق قبل القسمة ، لم يرث . ١٦٢ ، ١٦١

١٠٤٧ - مسألة : (ومتى قتل المرتد على رذته ، فماله فيء) ١٦٢ - ١٧٠

فصل : الزنديق ، كالمترد ؛ لا يرث ولا

يورث . ١٦٣ ، ١٦٤

فصل : ارتداد الزوجين معا ، كارتداد

أحدهما ؛ في فسخ نكاحهما ، وعدم

ميراث أحدهما من الآخر . ١٦٤

فصل : إذا لحق المرتد بدار الحرب ، وقف

ماله ، فإن أسلم دفع إليه ، وإن مات

- صار فيئا . ١٦٤ ، ١٦٥

فصل : متى مات الذمي ، ولا وارث له ،

كان ماله فيئا . ١٦٥

فصل : في ميراث المجوس ، ومن جرى

مجراهم ، ممن ينكح ذوات المحارم ،

إذا أسلموا وتحاكموا إلينا . ١٦٥ ، ١٦٦

فصل : أما القرابة فيرثون بجميعها ، إذا أمكن

ذلك . ١٦٦ - ١٦٨

فصل : المسائل التي تجتمع فيها قرابتان

يصح الإرث بهما ست ؛ ... ١٦٨ - ١٧٠

فصل : إن وطئ مسلم بعض محارمه

بشبهة ، ... فولدت له ، ... فالحكم

فيها مثل هذا سواء . ١٧٠

١٠٤٨ - مسألة : (وإذا غرق المتوارثان ، أو ماتا تحت هدم ،

فجهل أولهما موتا ، ورث بعضهم من بعض) ١٧٠ - ١٧٥

- فصل : إن عُلِمَ خروج روحهما معا في حال واحدة ، لم يرث أحدهما صاحبه . ١٧٥
- ١٠٤٩ - مسألة : (ومن لم يرث لم يحجب) ١٧٥ - ٢١٥
- فصل : أما من لم يرث لحجب غيره له ، فإنه يحجب ، وإن لم يرث . ١٧٦
- فصل : في ميراث الحمل : إذا مات الإنسان عن حمل يرثه ، وقف الأمر حتى يتبين . ١٧٧ - ١٧٩
- فصل : لا يرث الحمل إلا بشرطين ؛ ... ١٧٩ - ١٨١
- فصل : إن ولدت توأمين ، فاستهل أحدهما ، ... لا يختلف ميراثهما . ١٨٢ ، ١٨٣
- فصل : إذا ولدت الحامل توأمين ، فسمع الاستهلال من أحدهما ، ... يحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه . ١٨٣ ، ١٨٤
- فصل : إذا ضرب بطن حامل فأسقطت ، فعلى الضارب غرة موروثه عن الجنين . ١٨٤
- فصل : دية المقتول موروثه عنه ، كسائر أمواله . ١٨٤ - ١٨٦
- فصل : في ميراث المفقود ، وهو نوعان ؛ ... ١٨٦ - ١٩١
- فصل : الأسير كالمفقود ، إذا انقطع خبره . ١٩١
- فصل : في التزويج في المرض والصحة . ١٩١
- فصل : لا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده . ١٩٢

- فصل :أما النكاح الفاسد ، فلا يثبت به
التوارث بين الزوجين . ١٩٢ - ١٩٤
- فصل : في الطلاق . إذا طلق الرجل امرأته
طلاقاً يملك رجعتها في عدتها ، لم
يسقط التوارث بينهما . ١٩٤ - ١٩٦
- فصل : لو صح من مرضه ذلك ، ثم مات
بعده ، لم ترثه . ١٩٦ ، ١٩٧
- فصل : لو طلق امرأته ثلاثاً في مرضه قبل
الدخول بها ، ... فيها أربع
روايات ؛ ... ١٩٧ ، ١٩٨
- فصل : لو طلق المدخول بها طلاقاً رجعياً ثم
مرض في عدتها ، لم ترثه . ١٩٨
- فصل : إن طلقها ثلاثاً في مرضه ، ثم مات في
عدتها ، ففيه وجهان ؛ ... ١٩٨
- فصل : إذا طلق المسلم زوجته الأمة والذمية
طلاقاً بائناً ، ثم أسلمت الذمية ،
وعتقت الأمة ، ثم مات في عدتهما ،
لم ترثاه . ١٩٨ ، ١٩٩
- فصل : إذا قال لامرأته في صحته : إذا
مرضتُ فأنت طالق . فحكمه حكم
طلاق المرض . ١٩٩
- فصل : إن سأله الطلاق في مرضه ، ... فيه
روايتان ؛ ... ١٩٩
- فصل : إن علق طلاقها في الصحة على شرط
وجد في المرض ، ... بانء ولم
ترث . ١٩٩ ، ٢٠٠

فصل : إذا استكره الابن امرأة أبيه على ما
ينفسخ به نكاحها ، من وطء أو
غيره ، في مرض أبيه ، فمات أبوه من
مرضه ذلك ، ورثته ، ولم يرثها إن
مات .

٢٠٠ ، ٢٠١

فصل : إن فعلت المريضة ما يفسخ
نكاحها ، ... فماتت في مرضها ،
ورثها الزوج ولم ترثه .

٢٠١ ، ٢٠٢

فصل : إذا طلق المريض امرأته ، ثم نكح
أخرى ، ومات من مرضه في عدة
الطالقة ، ورثناه جميعا .

٢٠٢ - ٢٠٥

فصل : إذا قال الرجل لنسائه : إحدكن
طالق . يعنى واحدة بعينها ، طلقت
وحدها .

٢٠٥ - ٢٠٧

فصل : لو كان له أربع نسوة ، فطلق إحداهن
غير معينة ، ثم نكح خامسة بعد
انقضاء عدتها ، ثم مات ولم يبين ،
فللخامسة ربع الميراث والمهر ،
ويقرع بين الأربع .

٢٠٧ ، ٢٠٨

٢٠٨ - ٢١٣

باب الاشتراك في الطهر

كتاب الولاء

١٠٥٠ - مسألة : (والولاء لمن أعتق ، وإن اختلف ديناهما) ٢١٥ - ٢٢٠

فصل : يقدم المولى في الميراث على الرد وذوى
الأرحام .

٢١٦

فصل : إن كان للمعتق عصبه من نسبه ، ...

- ٢١٦ فلا شيء للمولى .
- فصل : إن اختلف دين السيد وعتيقه ،
٢١٧ فالولاء ثابت .
- فصل : إن أعتق حرى حريبا ، فله عليه
الولاء . ٢١٩ ، ٢١٨
- فصل : لا يصح بيع الولاء ولا هبته . ٢٢٠ ، ٢١٩
- فصل : لا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ، ولا
يرثه ورثته . ٢٢٠
- ١٠٥١ - مسألة : (ومن أعتق سائبة ، لم يكن له الولاء ، فإن
أخذ من ميراثه شيئا ، رده في مثله) ٢٢١ - ٢٢٣
- فصل : إن أعتق عبدا عن كفارته أو نذره أو
من زكاته ، ... إن ورث منه شيئا
جعله في مثله . ٢٢٣
- ١٠٥٢ - مسألة : (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه ، وكان
له ولاؤه) ٢٢٣ - ٢٢٥
- فصل : لا خلاف في أن المحارم من غير ذوى
الأرحام لا يعتقون على سيدهم . ٢٢٤ ، ٢٢٥
- فصل : إن ملك ولده من الزنى ، لم يعتق
عليه . ٢٢٥
- ١٠٥٣ - مسألة : (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا أعتقا)
٢٢٥ ، ٢٢٦
- فصل : إن اشترى العبد نفسه من سيده
بعوض حال ، عتق والولاء لسيده . ٢٢٦
- ١٠٥٤ - مسألة : (وولاء أم الولد لسيدها إذا ماتت) ٢٢٦
- ١٠٥٥ - مسألة : (ومن أعتق عبده عن رجل حتى بلا أمره ،
أو عن ميت ، فالولاء للمعتق) ٢٢٧
- ١٠٥٦ - مسألة : (وإن أعتقه عنه بأمره ، فالولاء للمعتق عنه

- بأمره) ٢٢٧
- ١٠٥٧ - مسألة: (ومن قال : أعتق عبدك عني ، وعلى ثمنه .
فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه) ٢٢٧ ، ٢٢٨
- ١٠٥٨ - مسألة: (ولو قال : أعتقه ، والثمن عليّ . كان
الثمن عليه ، والولاء للمعتق) ٢٢٨
- فصل : من أوصى أن يعتق عنه بعد موته ،
فأعتق ، فالولاء له . ٢٢٨
- ١٠٥٩ - مسألة: (ومن أعتق عبدا له أولاد من مولاة لقوم ،
جر معتق العبد ولاء أولاده) ٢٢٨ - ٢٣٨
- فصل : حكم المكاتب يتزوج في كتابته ،
فيأتي له أولاد ثم يعتق ، حكم العبد
الغن في جر الولاء . ٢٣٠
- فصل : إذا انجر الولاء إلى موالى الأب ثم
انقرضوا ، عاد الولاء إلى بيت المال ،
ولم يرجع إلى موالى الأم . ٢٣٠
- فصل : لا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة ؛ ... ٢٣٠ ، ٢٣١
- فصل : إن لم يعتق الأب ، ولكن عتق
الجد ، ... الجد لا يجبر الولاء ، ليس
هو كالأب . ٢٣١ ، ٢٣٢
- فصل : إذا كان أحد الزوجين الحرين حر
الأصل ، فلا ولاء على ولدهما . ٢٣٢ - ٢٣٤
- فصل : إذا تزوج معتق بمعتقة ، فأولدها
ولدين ، فولأؤهما لمولى أبيهما . ٢٣٤
- فصل : إذا تزوج عبد معتقة ، فاستولدها
أولادا ، فهم أحرار ، وولأؤهم لموالى
أمهم . ٢٣٤ ، ٢٣٥

فصل :إذا تزوج عبد بمعتقة ، فأولدها
ولدا ، فتزوج الولد بمعتقة رجل ،
فأولدها ولدا ، فولاء هذا الولد
الآخر ، لمولى أم أبيه ، في أحد
الوجهين . ٢٣٥

فصل :إن تزوج معتق بمعتقة ، فأولدها بنتا ،
وتزوج عبد بمعتقة ، فأولدها ابنا ،
فتزوج هذا الابن بنت المعتقين ،
فأولدها ولدا ، فولاء هذا الولد لمولى
أم أبيه . ٢٣٥ ، ٢٣٦

فصل :في دور الولاء ، إذا تزوج عبد
معتقة ، فأولدها بنتين ، فاشترى
أباهما ، عتق عليهما ، ولهما عليه
الولاء... ٢٣٦ ، ٢٣٧

باب ميراث الولاء

١٠٦٠ - مسألة : (ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن ،
أو أعتق من أعتقن ، أو كاتبن ، أو كاتب من
كاتبين ، ...) ٢٣٨ - ٢٤٤
فصل :إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى
أبيه ، فماله لبيت المال . ٢٤٢ ، ٢٤٣
فصل :امرأة حرة لا ولاء عليها ، وأبواها
رقيقان ، أعتق إنسان أباهما ، ويتصور
هذا في موضعين ؛ ... ٢٤٣
فصل :لا يرث من أقارب المعتق ذو فرض
منفرد . ٢٤٣ ، ٢٤٤

- ١٠٦١ - مسألة: (والولاء لأقرب عصبة المحقق) ٢٤٤ - ٢٤٦
- ١٠٦٢ - مسألة: (وإذا مات المحقق وخلف أبا معتقه وابن معتقه ، فلأبى معتقه السدس ، وما بقى فللابن) ٢٤٦ ، ٢٤٧
- ١٠٦٣ - مسألة: (وإن خلف أخا معتقه وجد معتقه ، فالولاء بينهما نصفين) ٢٤٧ - ٢٤٩
- فصل: إن اجتمع إخوة وجد ، فميراث المولى بينهم ، ... ٢٤٨
- فصل: إن ترك جد مولاة وعم مولاة ، فهو للجد . ٢٤٨ ، ٢٤٩
- ١٠٦٤ - مسألة: (وإذا هلك رجل عن ابنين ومولى ، فمات أحد الابنين بعده عن ابن ، ثم مات المولى ، فالولاء لابن معتقه ؛ لأن الولاء للكبير . ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى ، وخلف أحدهما ابنا ، والآخر تسعة ، كان الولاء بينهم على عددهم ، لكل واحد منهم عشرة) ٢٤٩ - ٢٥٢
- ١٠٦٥ - مسألة: (ومن أعتق عبدا ، فولأؤه لابنه ، وعقله على عصبته) ٢٥٢ - ٢٥٧
- فصل: إن كان المولى حيا ، وهو رجل عاقل موسر ، فعليه من العقل وله من الميراث . ٢٥٣
- فصل: لا يرث المولى من أسفل معتقه . ٢٥٣ ، ٢٥٤
- فصل: إن أسلم الرجل على يدي الرجل ، لم يرثه بذلك . ٢٥٤ ، ٢٥٥
- فصل: إن عاقد رجل رجلا ، فقال: عاقدتك على أن ترثنى وأرثك ، ...

- ٢٥٥ فلا حكم لهذا العقد .
٢٥٥ فصل : اللقيط حر لا ولاء عليه .

كتاب الوديعة

- ١٠٦٦ - مسألة : (وليس على مودع ضمان ، إذا لم يتعد) ٢٥٨ ، ٢٥٧
فصل : إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة ، فقبله أو قال : أنا ضامن لها . لم يضمن . ٢٥٨
١٠٦٧ - مسألة : (فإن خلطها بماله ، وهي لا تتميز ، أو لم يحفظها كما يحفظ ماله ، أو أودعها غيره ، فهو ضامن)
٢٥٨ - ٢٦٢ فصل : إن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ، ضمنها . ٢٦١ ، ٢٦٢
فصل : إن حضره الموت ، فحكمه حكم السفر . ٢٦٢
١٠٦٨ - مسألة : (وإن كانت غلة فخلطها في صحاح ، أو صحاحا فخلطها في غلة ، فلا ضمان عليه) ٢٦٢
١٠٦٩ - مسألة : (ولو أمره أن يجعلها في منزل ، فأخرجها عن المنزل ، لغشيان نار ، أو سيل ، أو شيء الغالب منه التوى ، فلا ضمان عليه) ٢٦٣ - ٢٦٨
فصل : إن أودعه وديعة ، ولم يعين له موضع إحرازها ، فإن المودع يحفظها في جرز مثلها أى موضع شاء . ٢٦٥
فصل : إذا أخرج الوديعة المنهى عن إخراجها ، فتلفت ، وادعى أنه أخرجها لغشيان نار ، ... فعلى

- المستودع البينة . ٢٦٥
- فصل : لو أمره أن يجعلها في منزله ، فتركها
 ٢٦٧ - ٢٦٥ في ثيابه ، وخرج بها ، ضمنها .
- فصل : إن أمره أن يجعلها في صندوق ،
 وقال : لا تقفل عليها ، ... فخالفه في
 ذلك ، ... فلا ضمان عليه . ٢٦٨ ، ٢٦٧
- فصل : إذا قال : اجعلها في هذا البيت ، ولا
 تدخله أحدا . فأدخل إليه قوما ،
 فسرقها أحدهم ، ضمنها . ٢٦٨
- فصل : إذا قال : ضع هذا الخاتم في الخنصر .
 فوضعه في البنصر ، لم يضمه . ٢٦٨
- ١٠٧٠ - مسألة : (وإذا أودعه شيئا ، ثم سأله دفعه إليه في
 وقت أمكنه ذلك ، فلم يفعل حتى تلف ،
 فهو ضامن) ٢٦٨ ، ٢٦٩
- فصل : ليس على المستودع مؤنة الرد وحملها
 إلى ربها . ٢٦٩
- ١٠٧١ - مسألة : (وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله ،
 فصاحبها غريم بها) ٢٦٩ - ٢٧١
- فصل : إن مات وعنده وديعة معلومة بعينها ،
 فعلى ورثته تمكين صاحبها من
 أخذها . ٢٧٠ ، ٢٧١
- ١٠٧٢ - مسألة : (وإذا طالبه بالوديعة ، فقال : ما أودعني .
 ثم قال : ضاعت من حرز . كان ضامنا ؛
 لأنه خرج من حال الأمانة . ولو قال :
 مالك عندي شيء . ثم قال : ضاعت من
 حرز . كان القول قوله ، ولا ضمان عليه) ٢٧١ - ٢٧٦

- فصل : إذا نوى الخيانة فى الوديعة ، ... ولم يفعل ذلك ، لم يصير ضامنا . ٢٧٢ ، ٢٧٣
- فصل : المودع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة . ٢٧٣ ، ٢٧٤
- فصل : إذا أودع بهيمة ، فأمره صاحبها بعلفها وسقيها ، لزمه ذلك لوجهين ؛ ... ٢٧٤ ، ٢٧٥
- فصل : إن أودعه البهيمة ، وقال : لا تعلفها ، ولا تسقها . لم يجز له ترك علفها . ٢٧٥ ، ٢٧٦
- ١٠٧٣ - مسألة : (ولو كان فى يده وديعة ، فادعاهها نفسان ، فقال : أودعنى أحدهما ، ولا أعرفه عينا . أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف أنها له ، وسلمت إليه) ٢٧٦ ، ٢٧٧
- ١٠٧٤ - مسألة : (ومن أودع شيئا ، فأخذ بعضه ، ثم رده أو مثله ، فضاع الكل ، لزمه مقدار ما أخذ) ٢٧٧ - ٢٨١
- فصل : إذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ، ثم ردها إلى صاحبها ، زال عنه الضمان . ٢٧٨
- فصل : لو تعدى فلبس الثوب ، ... أو أخذ الوديعة ليستعملها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة ، لم يبرأ من الضمان . ٢٧٩
- فصل : لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف . ٢٧٩
- فصل : إن أودع عبدا وديعة ، أخرج على

٢٧٩ ، ٢٨٠

الوجهين في الصغير .

فصل : إن غُصبت الوديعة من المودع قهراً ،

٢٨٠

فلا ضمان عليه .

باب قسمة الفىء والغنيمة والصدقة

١٠٧٥ - مسألة : (والأموال ثلاثة ؛ فء ، وغنيمة ، وصدقة) ٢٨١ - ٢٨٣

فصل : لم تكن الغنائم تحل لمن مضى من

٢٨٢ ، ٢٨٣

الأئم .

١٠٧٦ - مسألة : (فالفىء ما أخذ من مال مشرك ، ولم

يوجف عليه بخيل ولا ركاب . والغنيمة ما

٢٨٣ ، ٢٨٤

أوجف عليه)

١٠٧٧ - مسألة : (فخمس الفىء والغنيمة مقسوم على خمسة

٢٨٤ - ٢٨٩

أسهم)

في هذه المسألة فصول أربعة :

٢٨٤ ، ٢٨٥

أحدها : أن الفىء خموس .

٢٨٥ ، ٢٨٦

الفصل الثانى : أن الغنيمة مخموسة .

الفصل الثالث : أن الخمس مما يجب خمسه من

الفىء والغنيمة شىء واحد ، في

٢٨٦ ، ٢٨٧

مصرفهما ، ...

الفصل الرابع : أن الخمس يقسم على خمسة

٢٨٧ - ٢٨٩

أسهم .

١٠٧٨ - مسألة : (وسهم لرسول الله ﷺ يصرف في الكراع

٢٩٠ - ٢٩٢

والسلاح ومصالح المسلمين)

فصل : كان لرسول الله ﷺ من المغنم

٢٩١ ، ٢٩٢

الصفى .

١٠٧٩ - مسألة : (وخمس مقسوم في صلبية بنى هاشم وبنى

- المطلب ابنى عبد مناف ، حيث كانوا ،
للمذكر مثل حظ الأنثيين (٢٩٢ - ٢٩٦)
في هذه المسألة فصول خمسة :
أحدها : أن سهم ذى القرى ثابت بعد موت
النبي ﷺ . ٢٩٣
الفصل الثانى : أن ذا القرى هو بنو هاشم
وبنو المطلب بن عبد مناف دون غيرهم . ٢٩٣ ، ٢٩٤
الفصل الثالث : أنه يشترك فيه الذكر
والأنثى . ٢٩٤
الفصل الرابع : أنه يفرق بينهم حيث كانوا من
الأمصار . ٢٩٤ ، ٢٩٥
الفصل الخامس : أن غنيهم وفقيرهم فيه
سواء . ٢٩٥ ، ٢٩٦
١٠٨٠ - مسألة : (والخمس الثالث لليتامى)
١٠٨١ - مسألة : (والخمس الرابع للمساكين)
٢٩٧
١٠٨٢ - مسألة : (والخمس الخامس لابن السبيل)
٢٩٧ ، ٢٩٨
١٠٨٣ - مسألة : (وأربعة أخماس الفىء لجميع المسلمين ؛
غنيهم وفقيرهم فيه سواء ، إلا العيىء)
٢٩٨ - ٣٠٤
فصل : اختلف الخلفاء الراشدون ، رضى الله
عنهم ، فى قسم الفىء بين أهله . ٣٠٠ - ٣٠٢
فصل : قال القاضى : ويعرف قدر حاجتهم
- يعنى أهل العطاء - وكفايتهم . ٣٠٢ ، ٣٠٣
فصل : العطاء الواجب لا يكون إلا لبالغ
يطبق مثله القتال . ٣٠٣ ، ٣٠٤
١٠٨٤ - مسألة : (وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الواقعة ،
للاجل سهم ، ولل فارس ثلاثة أسهم ، إلا

- أن يكون الفارس على هجين ، فيكون له
 ٣٠٥ ، ٣٠٤ سهمان ، سهم له ، وسهم لهجينه)
- ١٠٨٥ - مسألة : (والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الأصناف التي
 ٣٠٦ ، ٣٠٥ سمي الله عز وجل)
- ١٠٨٦ - مسألة : (الفقراء ، وهم الزمنى ، والمكافيف الذين
 لا حرفة لهم ، والحرفة الصناعة ، ولا
 يملكون خمسين درهما ، ولا قيمتها من
 الذهب . والمساكين ، وهم السَّوَال ، وغير
 السَّوَال ، ومن لهم الحرفة ، إلا أنهم لا
 يملكون خمسين درهما ، ولا قيمتها من
 ٣١٢ - ٣٠٦ الذهب)
- فصل : ومن كان ذا مكسب يغنى به نفسه
 وعياله ... فهو غنى لا حق له فى
 ٣١٠ ، ٣٠٩ الزكاة .
- فصل : إن كان الرجل صحيحا جلدا ،
 وذكر أنه لا كسب له ، أعطى منها . ٣١٠
- فصل : إن ادعى أن له عيالا ، ... يقلد
 ٣١١ ، ٣١٠ ويعطى لهم .
- فصل : إذا كان للرجل بضاعة يتجر بها ، ...
 فهو غنى لا يعطى من الصدقة شيئا ،
 وإن لم تكفه ، جاز له الأخذ منها
 ٣١٢ ، ٣١١ بقدر ما يتم به الكفاية .
- ١٠٨٧ - مسألة : (والعاملين عليها ، وهم الجباسة ها ،
 ٣١٥ - ٣١٢ والحافظون ها)
- فصل : من شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلاً
 ٣١٤ ، ٣١٣ أميناً .

- فصل : الإمام مخير بين أن يستأجر العامل
إجارة صحيحة ، بأجر معلوم ، وبين
أن يجعل له جُعلا معلوما . ٣١٤ ، ٣١٥
- فصل : يجوز للإمام أن يولى الساعى جبايتها
دون تفريقها ، ويجوز أن يوليه جبايتها
وتفريقها . ٣١٥
- ١٠٨٨ - مسألة : (والمؤلفة قلوبهم ، وهم المشركون المتألفون
على الإسلام) ٣١٦ - ٣١٨
- فصل : المؤلفة قلوبهم ضربان ؛ كفار
ومسلمون . ٣١٧ ، ٣١٨
- ١٠٨٩ - مسألة : (وفي الرقاب ، وهم المكاتبون) ٣١٩ ، ٣٢٠
- فصل : يجوز للسيد دفع زكاته إلى مكاتبه . ٣١٩ ، ٣٢٠
- ١٠٩٠ - مسألة : (وقد روى عن أبي عبد الله ، رحمه الله ،
رواية أخرى ، أنه يعتق منها) ٣٢٠ - ٣٢٢
- فصل : لا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق
عليه بالرحم . ٣٢١
- فصل : يجوز أن يشتري من زكاته أسيرا
مسلمًا من أيدي المشركين . ٣٢١ ، ٣٢٢
- ١٠٩١ - مسألة : (فما رجع من الولاء رد في مثله) ٣٢٢
- فصل : لا يعقل عنه ، ... رواية أخرى ، أنه
يعقل عنه . ٣٢٢
- ١٠٩٢ - مسألة : (والغارمين) ٣٢٣ - ٣٢٦
- فصل : لا يدفع إلى غارم كافر . ٣٢٣
- فصل : من الغارمين صنف يعطون مع الغنى . ٣٢٤ ، ٣٢٥
- فصل : إذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم ، فله
أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه ، ... ٣٢٥ ، ٣٢٦

- ١٠٩٣ - مسألة: (وسهم في سبيل الله ، وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح ، وما يتقنون به على العدو ، وإن كانوا أغنياء) ٣٢٦ - ٣٢٨
- فصل : إنما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان . ٣٢٧ ، ٣٢٨
- ١٠٩٤ - مسألة: (ويعطى أيضا في الحج ، وهو من سبيل الله) ٣٢٨ - ٣٣٠
- ١٠٩٥ - مسألة: (وابن السبيل ، وهو المنقطع به ، وله اليسار في بلده ، فيعطى من الصدقة ما يبلغه) ٣٣٠ - ٣٣٢
- فصل : إن كان ابن السبيل مجتازا يريد بلدا غير بلده ، ... يجوز أن يُدفع إليه ما يكفيه في مضيه إلى مقصده ورجوعه إلى بلده . ٣٣١
- فصل : إذا ادعى الرجل أنه ابن سبيل ، ولم يعرف ذلك ، لم يقبل إلا بينة . ٣٣٢
- فصل : جملة من يأخذ مع الغنى خمسة ؛ ... ٣٣٢
- فصل : من سافر لمعصية ، فأراد الرجوع إلى بلده ، لم يُدفع إليه ، ما لم يتب . ٣٣٢
- ١٠٩٦ - مسألة: (وليس عليه أن يعطى لكل هؤلاء الأصناف ، وإن كانوا موجودين ، إنما عليه أن لا يجاوزهم) ٣٣٢ - ٣٣٦
- فصل : يستحب تفريقها على ما أمكن من الأصناف . ٣٣٤ ، ٣٣٥
- فصل : إن اجتمع في واحد سببان ، يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفردا . ٣٣٥ ، ٣٣٦
- ١٠٩٧ - مسألة: (ولا يعطى من الصدقة لبنى هاشم) ٣٣٦
- ١٠٩٨ - مسألة: (وإذا تولى الرجل إخراج زكاته ، سقط

- العاملون (٣٣٦ - ٣٤٤)
 فصل : في جوائز السلطان . ٣٣٦ - ٣٣٨
 فصل : قال أحمد : جوائز السلطان أحب إلى
 من الصدقة . ٣٣٨

كتاب النكاح

- فصل : الأصل في مشروعية النكاح الكتاب
 والسنة والإجماع . ٣٤٠ ، ٣٤١
 فصل : الناس في النكاح على ثلاثة
 أضرب ؛ ... ٣٤١ - ٣٤٤
 ١٠٩٩ - مسألة : (ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين) ٣٤٤ - ٣٥٥
 في هذه المسألة أربعة فصول :
 أحدها : أن النكاح لا يصح إلا بولي ، ولا
 تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ،
 ولا توكيل غير وليها في تزويجها . فإن
 فعلت ، لم يصح النكاح . ٣٤٥ ، ٣٤٦
 فصل : إن حكم بصحة هذا العقد
 حاكم ، ... لم يجوز نقضه . ٣٤٦ ، ٣٤٧
 الفصل الثاني : أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين . ٣٤٧ ، ٣٤٨
 الفصل الثالث : أنه لا ينعقد إلا بشهادة
 مسلمين ، سواء كان الزوجان
 مسلمين ، أو الزوج وحده . ٣٤٩
 فصل : أما الفاسقان ، ففي انعقاد النكاح
 بشهادتهما روايتان ؛ ... ٣٤٩
 فصل : لا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين . ٣٤٩ ، ٣٥٠
 فصل : لا ينعقد بشهادة صبيين . ٣٥٠ ، ٣٥١

- فصل : ينعقد بشهادة عبيدين . ٣٥١
- فصل : إذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا ، لم
يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى
يطلقها أو يفسخ نكاحها . ٣٥٢ ، ٣٥١
- فصل : الواجب لها مهر مثلها . ٣٥٣ ، ٣٥٢
- فصل : لا يجب لها بالخلوة شيء . ٣٥٣
- فصل : لا حد في وطء النكاح الفاسد ،
سواء اعتقدا حله أو حرمة . ٣٥٤ ، ٣٥٣
- فصل : أما الأنكحة الباطلة ، ... إذا علما
الحال والتحريم ، فهما زانيان ،
وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب
فيه . ٣٥٤
- فصل : يساوى الفاسد الصحيح في اللعان . ٣٥٥ ، ٣٥٤
- ١١٠٠ - مسألة : (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها) ٣٥٦ ، ٣٥٥
- ١١٠١ - مسألة : (ثم أبوه وإن علا) ٣٥٧ ، ٣٥٦
- ١١٠٢ - مسألة : (ثم ابنها وابنه وإن سفل) ٣٥٨ ، ٣٥٧
- ١١٠٣ - مسألة : (ثم أخوها لأبيها وأمها) ٣٥٨
- ١١٠٤ - مسألة : (والأخ للأب مثله) ٣٥٩ ، ٣٥٨
- ١١٠٥ - مسألة : (ثم أولادهم وإن سفلوا ، ثم العمومة ، ثم
أولادهم وإن سفلوا ، ثم عمومة الأب) ٣٦٠ ، ٣٥٩
- فصل : لا ولاية لغير العصباء من الأقارب . ٣٦٠ ، ٣٥٩
- ١١٠٦ - مسألة : (ثم المولى المنعم ، ثم أقرب عصبته به) ٣٦٠
- ١١٠٧ - مسألة : (ثم السلطان) ٣٦٠ - ٣٦٣
- فصل : السلطان ههنا هو الإمام ، أو الحاكم ،
أو من فوضا إليه ذلك . ٣٦١
- فصل : إذا استولى أهل البغي على بلد ، جرى

- حكم سلطانهم وقاضيه في ذلك
 ٣٦١ مجرى الإمام وقاضيه .
- فصل : اختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد
 رجل ... لا يكون وليا لها ، ...
 ٣٦٢ ، ٣٦١ ورواية أخرى ... يزوجها هو .
- فصل : إن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو
 سلطان ، ... يزوجها رجل عدل
 ٣٦٣ ، ٣٦٢ بإذنها .
- ١١٠٨ - مسألة : (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه
 وإن كان حاضرا)
 ٣٦٦ - ٣٦٣ فصل : يجوز التوكيل مطلقا ومقيدا .
 ٣٦٤ ، ٣٦٣ فصل : لا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة في
 التوكيل .
 ٣٦٤ فصل : يثبت للوكيل مثل ما يثبت للموكل .
 ٣٦٥ ، ٣٦٤ فصل : اختلفت الرواية عن أحمد ، ... هل
 تستفاد ولاية النكاح بالوصية ؟ ...
 ٣٦٥ فصل : تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى
 ولاية .
 ٣٦٦
- ١١٠٩ - مسألة : (وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلا أو
 كافرا أو عبدا ، زوجها الأبعد من عصبتها)
 ٣٦٦ - ٣٧٠ فصل : لا يشترط أن يكون بصيرا .
 ٣٦٩ فصل : من لم تثبت له الولاية ، لا يصح
 توكيله .
 ٣٧٠ ، ٣٦٩
- ١١١٠ - مسألة : (ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها)
 ٣٧٢ - ٣٧٠
- ١١١١ - مسألة : (ويزوج مولاتها من يزوج أمتها)
 ٣٧٣ ، ٣٧٢ فصل : إذا كان للأمة مولى ، فهو وليها .
 ٣٧٣

- ١١١٢ - مسألة: (ومن أراد أن يتزوج امرأة هو وليها ، جعل
أمرها إلى رجل يزوجه منه بإذنها) ٣٧٣ - ٣٧٧
- فصل : إذا أذنت له في تزويجها ، ولم يتعين
الزوج ، لم يجوز أن يزوجه نفسه . ٣٧٦
- فصل : إذا زوج أمته عبده الصغير ، جاز له
أن يتولى طرفي العقد . ٣٧٧ ، ٣٧٦
- ١١١٣ - مسألة: (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم
كافرة إلا أن يكون المسلم سلطانا ، أو سيد
أمة) ٣٧٧ ، ٣٧٨
- فصل : إذا تزوج المسلم ذمية ، فوليا الكافر
يزوجه إياه . ٣٧٨
- ١١١٤ - مسألة: (وإذا زوجها من غيره أولى منه ، وهو
حاضر ، ولم يعضلها ، فالنكاح فاسد) ٣٧٨ - ٣٨٤
- فصل : متى تزوجت المرأة بغير إذن
وليها ، ... من جملة الصور التي فيها
الروايتان . ٣٨١ ، ٣٨٢
- فصل : إذا زوجت التي يُعتبر إذنها بغير إذنها ،
وقلنا : يقف على إجازتها . فأجازتها
بالنطق ، أو ما يدل على الرضى من
التمكين من الوطاء . ٣٨٢ ، ٣٨٣
- فصل : معنى العضل منع المرأة من التزويج
بكفتها إذا طلبت ذلك . ٣٨٣ ، ٣٨٤
- ١١١٥ - مسألة: (وإذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل إليه
الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، زوجها
من هو أبعد منه من عصباتها ، فإن لم يكن ،
فالسultan) ٣٨٥ - ٣٨٧

الكلام في هذه المسألة في فصلين :
أولهما : أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة ،
فلأبعد من عصبتها تزويجها دون
الحاكم . ٣٨٥

الفصل الثاني : في الغيبة المنقطعة ، التي يجوز
للأبعد التزويج في مثلها . ٣٨٥ - ٣٨٧
فصل : إن كان القريب محبوسا ، ... فهو
كالبعيد . ٣٨٧

١١١٦ - مسألة : (وإذا زوجت من غير كفاءة ، فالنكاح
باطل) ٣٨٧ - ٣٩٠

١١١٧ - مسألة : (والكفاءة ذو الدين والمنصب) ٣٩١ - ٣٩٧

فصل : اختلفت الرواية عن أحمد ، فروى
عنه أن غير قریش من العرب لا
يكافئها ، وغير بنى هاشم لا
يكافئهم . ٣٩٢ ، ٣٩٣

فصل : الحرية ، الصحيح أنها من شروط
الكفاءة . ٣٩٣ ، ٣٩٤

فصل : أما اليسار ، ففيه روايتان ؛ ... ٣٩٤ ، ٣٩٥
فصل : أما الصناعة ، ففيها روايتان
أيضا ؛ ... ٣٩٥ ، ٣٩٦

فصل : من أسلم أو عتق من العبيد ، فهو
كفاءة لمن له أبوان في الإسلام
والحرية . ٣٩٦

فصل : أما ولد الزنى ، فيحتمل أن لا يكون
كفؤا لذات نسب . ٣٩٦

فصل : الموالى بعضهم لبعض أكفاء ،

- وكذلك العجم . ٣٩٧ ، ٣٩٦
- فصل : أما أهل البدع ، ... يفرق بينهما . ٣٩٧
- فصل : الكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة . ٣٩٧
- ١١١٨ - مسألة : (وإذا زوج الرجل ابنته البكر ، فوضعها في كفاءة ، فالنكاح ثابت وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة)
- ٤٠١ - ٣٩٨
- ١١١٩ - مسألة : (وليس هذا لغير الأب) ٤٠٢ - ٤٠٥
- فصل : إذا بلغت الجارية تسع سنين ، ففيها روايتان ؛ ... ٤٠٤ ، ٤٠٥
- ١١٢٠ - مسألة : (ولو استأذن البكر البالغة والدّها ، كان حسناً) ٤٠٥
- فصل : يستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها . ٤٠٥
- ١١٢١ - مسألة : (وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها ، فالنكاح باطل ، وإن رضيت بعد) ٤٠٦ ، ٤٠٧
- ١١٢٢ - مسألة : (وإذا الثيب الكلام ، وإذا البكر الصمات) ٤٠٧ - ٤١٣
- فصل : إن نطقت بالإذن ، فهو أبلغ وأتم في الإذن من صمتها ، وإن بكّت أو ضحكت ، فهو بمنزلة سكوتها . ٤٠٩ ، ٤١٠
- فصل : الثيب المعتبر نطقها ، هي الموطوعة في القبل . ٤١٠ ، ٤١١
- فصل : إن ذهبت عذرتها بغير جماع ، ... ٤١١
- فصل : إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول ، فالقول قولها . ٤١١ ، ٤١٢

- فصل : فى المجنونة ، إن كانت ممن تجبر لو
كانت عاقلة ، جاز تزويجها لمن يملك
٤١٢ ، ٤١٣ . إجبارها .
- ١١٢٣ - مسألة : (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ، ثبت
النكاح بالمسمى . وإن فعل ذلك غير الأب
٤١٣ - ٤١٥ ثبت النكاح ، وكان لها مهر مثلها)
فصل : تمام المهر على الزوج .
٤١٤ ، ٤١٥
- ١١٢٤ - مسألة : (ومن زوج غلاما غير بالغ ، أو محتوها ،
لم يجوز إلا أن يزوجه والده ، أو وصى ناظر
له فى التزويج)
٤١٥ - ٤٢٢
- الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :
أحدها : أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج
الغلام قبل بلوغه .
٤١٥
- الفصل الثانى : أن المعتوه ، ... ليس لغير الأب
ووصيه تزويجه .
٤١٥
- الفصل الثالث : أن للأب أو وصيه تزويجهما .
٤١٥ - ٤١٧
- فصل : من يُخَنَّق فى الأحيان ، لا يجوز تزويجه
إلا بإذنه .
٤١٧
- الفصل الرابع : أن وصى الأب فى النكاح
بمنزله .
٤١٧
- فصل : إذا تزوج لصغير أو مجنون ، فإنه يقبل
لهما النكاح ، ولا يجوز أن يأذن لهما
فى قبوله .
٤١٧
- فصل : ذكر القاضى أنه لا يجوز أن يتزوج
لهما بزيادة على مهر المثل .
٤١٨
- فصل : إذا زوج ابنه ، تعلق الصداق بذمة
الابن .
٤١٨ ، ٤١٩

- فصل : في المحجور عليه للسفه ، والكلام في
نكاحه على ثلاثة أحوال ؛ ... ٤١٩ - ٤٢١
- فصل : ليس لغير الأب تطليق امرأة المولى
عليه . ٤٢١
- فصل : إذا ادعت امرأة المجنون عتته ، لم
تضرب له مدة . ٤٢٢ ، ٤٢١
- ١١٢٥ - مسألة : (وإذا زوج أمته بغير إذنها ، فقد لزمها
النكاح ، كبيرة كانت أو صغيرة) ٤٢٢ - ٤٢٤
- فصل : المدبرة ، والمعلق عتقها بصفة ، وأم
الولد ، كالأمة القن ، في إجبارها على
النكاح . ٤٢٢ ، ٤٢٣
- فصل : إن طلبت الأمة من سيدها تزويجها ،
فإن كان يطؤها ، لم يجبر على
تزويجها . ٤٢٣
- فصل : إذا اشترى عبده المأذون أمة ، وركبته
ديون ، ملك سيده تزويجها وبيعها
وإعتاقها . ٤٢٣
- فصل : ليس للسيد إكراه أمته على التزويج
بمعيب عيبا يرد به في النكاح . ٤٢٤
- ١١٢٦ - مسألة : (ومن زوج عبده وهو كاره ، لم يجز ، إلا
أن يكون صغيرا) ٤٢٤ - ٤٢٨
- الكلام في هذه المسألة في فصلين :
أحدهما : أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ
العاقل على النكاح . ٤٢٤ ، ٤٢٥
- الفصل الثاني : في العبد الصغير الذي لم يبلغ ،

- ٤٢٥ . فللسيد تزويجه .
- ٤٢٥ فصل : المهر والنفقة على السيد .
- ٤٢٦ فصل : يجوز أن يتزوج السيد لعبده بإذنه .
- فصل : للسيد أن يعين له المهر ، وله أن يطلق .
- ٤٢٦ فصل : إن تزوج أمة ، ثم اشتراها بإذن سيده
- ٤٢٧ ، ٤٢٦ لسيده ، لم يؤثر ذلك في نكاحه .
- فصل : إن اشترت الحرة زوجها ، ... انفسخ
- ٤٢٨ ، ٤٢٧ النكاح .
- ٤٢٨ فصل : إن ابتاعته بصداقها ، صح .
- ١١٢٧ - مسألة : (فإذا زوج الوليان ، فالنكاح للأول
- ٤٢٨ - ٤٣٠ منهما)
- فصل : إذا استوى الأولياء في الدرجة ، ...
- ٤٣٠ فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم .
- ١١٢٨ - مسألة : (فإن دخل بها الثاني ، وهو لا يعلم أنها
- ذات زوج ، فُرق بينهما ، وكان لها عليه
- مهر مثلها ، ولم يصيبها زوجها حتى تحيض
- ٤٣١ ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني)
- ١١٢٩ - مسألة : (فإن جهل الأول منهما ، ففسخ النكاحان)
- ٤٣٦ - ٤٣٢ فصل : إن ادعى كل واحد منهما أننى السابق
- بالعقد ، ولا بينة لهما ، لم يقبل
- قولهما . وإن أقرت المرأة لأحدهما ،
- ٤٣٣ لم يقبل إقرارها .
- فصل : إن علم أن العقدین وقعا معا ، لم
- يسبق أحدهما الآخر ، فهما باطلان .
- ٤٣٤ ، ٤٣٣ فصل : إن ادعى كل واحد منهما أنه السابق ،
- فأقرت لأحدهما ، ثم فرق بينهما .

- وقلنا بوجوب المهر ، وجب على المقر
 له دون صاحبه . ٤٣٤ ، ٤٣٥
- فصل : إن ادعى زوجية امرأة ابتداء ، فأقرت
 له بذلك ، ثبت النكاح وتوارثا . ٤٣٥ ، ٤٣٦
- ١١٣٠ - مسألة : (وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده ، فنكاحه
 باطل) ٤٣٦ ، ٤٣٧
- ١١٣١ - مسألة : (فإن دخل بها ، فعلى سيده خمسا المهر ...
 إلا أن يجاوز الخمسان قيمته ، فلا يلزم سيده
 أكثر من قيمته ، أو يسلمه) ٤٣٧ - ٤٤٠
- في هذه المسألة خمسة فصول :
 الأول : في وجوب المهر ، وله حالان ؛ ... ٤٣٧ ، ٤٣٨
- الفصل الثاني : أن المهر يتعلق برقبته ، يباع
 فيه إلا أن يفديه السيد . ٤٣٨
- الفصل الثالث : أن الواجب من المهر خمسه . ٤٣٨ ، ٤٣٩
- الفصل الرابع : أنه يجب خمسا المسمى . ٤٣٩
- الفصل الخامس : أن الواجب إن كان زائدا
 على قيمة العبد ، لم تلزم السيد
 الزيادة . ٤٣٩ ، ٤٤٠
- فصل : إذا أذن السيد لعبده في تزويجه
 بمعينة ، ... فنكح غير ذلك ،
 فنكاحه فاسد . ٤٤٠
- ١١٣٢ - مسألة : (وإذا تزوج الأمة على أنها حرة ، فأصابها ،
 وولدت منه ، فالولد حر ، وعليه أن
 يفديهم ، والمهر المسمى ، ويرجع به على من
 غره ، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له
 أن ينكح الإماء ، وإن كان ممن يجوز له أن

- ينكح ، فرضى بالمقام ، فما ولدت بعد
 ٤٤٩ - ٤٤٠ الرضى فهو رقيق)
 فى هذه المسألة ستة فصول :
 ٤٤١ ، ٤٤٠ أحدها : أن النكاح لا يفسد بالغرور .
 ٤٤١ الفصل الثانى : أن أولاده منها أحرار .
 ٤٤٣ - ٤٤١ الفصل الثالث : أن على الزوج فداء أولاده .
 الفصل الرابع : فى المهر ، ولا يخلو من أن
 يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أو
 ٤٤٤ لا ؛ ...
 الفصل الخامس : أنه يرجع بما غرمه على من
 ٤٤٦ - ٤٤٤ غره ، من المهر وقيمة الأولاد .
 الفصل السادس : أن الزوج إن كان ممن يحرم
 عليه نكاح الإماء ، ... فإنه يفرق
 ٤٤٧ ، ٤٤٦ بينهما .
 فصل : الحكم فى المدبرة وأم الولد والمعتقة
 بصفة ، كالأمة القن ، ... إلا أن ولد
 أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له
 ٤٤٧ حكم أمه .
 فصل : لا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ، فإن
 ٤٤٨ أقام بذلك بينة ، ثبت .
 فصل : إذا حملت المغرور بها ، فضرب بطنها
 ضارب ، فألقت جنينا ميتا ، فعلى
 ٤٤٨ الضارب غرة .
 فصل : إذا تزوجت المرأة عبدا على أنه حر ،
 ٤٤٩ ، ٤٤٨ فالنكاح صحيح .
 فصل : إن غرها بنسب ، فبان دونه ، وكان

ذلك مخلا بالكفاءة ، وقلنا بصحة

النكاح ، فلها الخيار . ٤٤٩

١١٣٣ - مسألة : (وإن كان المغرور عبدا ، فولده أحرار ،

وفديهم إذا عتق ، ويرجع به على من غره) ٤٤٩ - ٤٥٢

فصل : إن شرطها أنها مسلمة ، فبانت

كافرة ، فله الخيار . ٤٥١

فصل : إن شرطها بكرا فبانت ثيبا ... يحتمل

أمرين ؛ ... ٤٥١

فصل : إذا تزوج امرأة يظنها حرة ، فبانت

أمة ، ... فلهم الخيار . ٤٥٢

فصل : إن شرطها أمة ، فبانت حرة ، ...

٤٥٢ فلا خيار له في ذلك .

فصل : كل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل

الدخول ، فلا مهر عليه . ٤٥٢

١١٣٤ - مسألة : (وإذا قال : قد جعلت عتق أمتي صداقها .

بحضرة شاهدين ، فقد ثبت العتق

والنكاح . وإذا قال : أشهد أني قد

أعتقتها ، وجعلت عتقها صداقها . كان

العتق والنكاح أيضا ثابتين ، سواء تقدم

العتق أو تأخر ، إذا لم يكن بينهما فصل ،

فإن طلقها قبل الدخول ، رجع عليها بنصف

قيمتها) ٤٥٢ - ٤٥٩

في هذه المسألة خمسة فصول :

الأول : ظاهر المذهب أن الرجل متى أعتق

أمته ، وجعل عتقها صداقها ، فهو

نكاح صحيح . ٤٥٣ ، ٤٥٤

الفصل الثاني : أن النكاح ينعقد بقوله :

- أعتقتك ، وجعلت عتقك صداقك ،
 ٤٥٥ ، ٤٥٤ وتزوجتك .
- ٤٥٥ الفصل الثالث : أن لا يكون بينهما فصل .
- ٤٥٥ الفصل الرابع : أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا
 ٤٥٥ باشرط الشهادة في النكاح .
- ٤٥٦ ، ٤٥٥ الفصل الخامس : أنه إذا طلقها قبل الدخول ،
 رجع عليها بنصف قيمتها .
- ٤٥٦ ، ٤٥٥ فصل : إن قال لأمته : أعتقتك على أن
 تزوجيني نفسك ، ويكون عتقك
 صداقك . أو لم يقل : ويكون عتقك
 صداقك . فقبلت ، عتقت . ٤٥٦
- ٤٥٧ ، ٤٥٦ فصل : إن اتفق السيد وأمته على أن يعتقها ،
 وتزوجه نفسها ، فتزوجها على
 ذلك ، صح ، ولا مهر لها غير ما
 شرط من العتق .
- ٤٥٧ فصل : إن أعتقت امرأة عبدها ، بشرط أن
 يتزوجها ، عتق ، ولا شيء عليه . ٤٥٧
- ٤٥٨ ، ٤٥٧ فصل : لا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم
 يتزوجها .
- ٤٥٨ فصل : إذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها ، لم
 يحتاج إلى استبراء .
- ٤٥٨ فصل : إذا قال : أعتق عبدك ، على أن
 أزوجك ابنتي . فأعتقه ، لم يلزمه أن
 يزوجه ابنته . ٤٥٨ ، ٤٥٩
- ١١٣٥ - مسألة : (وإذا قال الخاطب للولي : أزوجت ؟
 فقال : نعم . وقال للمتزوج : أقبلت ؟

- فقال : نعم . فقد انعقد النكاح ، إذا كان
 بمحضرة شاهدين (٤٥٩ - ٤٧١)
- فصل : لو قال : زوجتك ابنتي . فقال :
 قبلت . انعقد النكاح . (٤٥٩ ، ٤٦٠)
- فصل : ينعقد النكاح بلفظ الإنكاح
 والتزويج . (٤٦٠ ، ٤٦١)
- فصل : من قدر على لفظ النكاح بالعربية ، لم
 يصح عقده بغيرها . (٤٦١ ، ٤٦٢)
- فصل : أما الأخرس فإن فهمت إشارته صح
 نكاحه بها . (٤٦٢)
- فصل : إذا تقدم القبول على الإيجاب ، لم
 يصح . (٤٦٢ ، ٤٦٣)
- فصل : إذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة ،
 صح . (٤٦٣)
- فصل : إذا تراخى القبول عن الإيجاب ،
 صح ، ما دام في المجلس ، ولم
 يتشاغلا عنه بغيره . (٤٦٣ ، ٤٦٤)
- فصل : إن أوجب النكاح ، ثم زال عقله
 بجنون أو إغماء ، بطل حكم
 الإيجاب ، ولم ينعقد بالقبول بعده . (٤٦٤)
- فصل : لا يثبت في النكاح خيار . (٤٦٤)
- فصل : يستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل
 التواجب ، ثم يكون العقد بعده . (٤٦٤ - ٤٦٦)
- فصل : الخطبة غير واجبة عند أحد من أهل
 العلم . (٤٦٦ ، ٤٦٧)
- فصل : يستحب إعلان النكاح ، والضرب

٤٦٨ ، ٤٦٧

فيه بالدف .

فصل : إن عقده بولي وشاهدين ، فأسروه ،
أو تواصوا بكتمانه ، كره ذلك ،

٤٦٩

وصح النكاح .

فصل : يستحب عقد النكاح يوم الجمعة . ٤٦٩ ، ٤٧٠

فصل : يستحب أن يقال للمتزوج : بارك الله
لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما

٤٧٠

في خير وعافية .

فصل : يستحب أن يقول إذا زفت إليه ، ...
اللهم بارك لي في أهلي ، وبارك لأهلي

في ، وارزقهم مني ، وارزقني منهم . ٤٧٠ ، ٤٧١

١١٣٦ - مسألة : (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع

٤٧٢ ، ٤٧١

زوجات)

٤٧٣ ، ٤٧٢

١١٣٧ - مسألة : (وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين)

٤٧٤ - ٤٧٧

١١٣٨ - مسألة : (وله أن يتسرى بإذن سيده)

فصل : له التسرى بما شاء ، إذا أذن له السيد

٤٧٦ ، ٤٧٥

في ذلك .

فصل : المكاتب كالعبد القن ، لا يتزوج ولا

٤٧٦

يتسرى إلا بإذن سيده .

فصل : نقل محمد بن ماهان ، عن أحمد : لا

بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له

٤٧٧

سيده .

١١٣٩ - مسألة : (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك

الرجعة أو لا يملك ، لم يكن له أن يتزوج

أختها حتى تنقضي عدتها ، وكذلك إذا طلق

واحدة من أربع ، لم يتزوج حتى تنقضي

عدتها ، وكذلك العبد إذا طلق إحدى

زوجيه (٤٧٧ - ٤٨٠)

فصل : لو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية ، أو
انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو
رضاع ... لم يكن له أن يتزوج أحدا
ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى
تنقضى عدتها . ٤٧٩

فصل : إذا أعتق أم ولده ، أو أمة كان
يصيبها ، فليس له أن يتزوج أختها
حتى ينقضى استبرأؤها . ٤٧٩

فصل : لا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة
بائن . ٤٧٩

فصل : إن زنى بامرأة ، فليس له أن يتزوج
أختها حتى تنقضى عدتها . ٤٧٩ ، ٤٨٠

فصل : إذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته
بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها
فيها ، وكذبه ، أبيح له نكاح أختها
وأربع سواها في الظاهر ، فأما في
الباطن ، فينبى على صدقه في ذلك . ٤٨٠

١١٤٠ - مسألة : (ومن خطب امرأة ، فزوج بغيرها ، لم

ينعقد النكاح) ٤٨٠ - ٤٨٣

فصل : من شرط صحة النكاح تعيين
الزوجين . ٤٨١ ، ٤٨٢

فصل : إن كان له ابنتان ، كبرى اسمها
عائشة ، وصغرى اسمها فاطمة ،
فقال : زوجتك ابنتى عائشة . وقبل

الزوج ذلك ، وهما ينويان الصغرى ،
لم يصح . ٤٨٢ ، ٤٨٣

فصل : إن كان له ابنة واحدة ، فقال لرجل :
زوجتك ابنتى . وسماها بغير
اسمها ، ... يصح . ٤٨٣

فصل : لو قال : زوجتك حمل هذه المرأة . لم
يصح . ٤٨٣

١١٤١ - مسألة : (وإذا تزوجها ، وشرط لها أن لا يخرجها من
دارها أو بلدها ، فلها شرطها ؛ لما روى عن
النبي ﷺ أنه قال : « أحق ما أوفيم به من
الشروط ما استحللتم به الفروج » . وإن
تزوجها ، وشرط لها أن لا يتزوج عليها ،
فلها فراقه إذا تزوج عليها) ٤٨٣ - ٤٨٩

فصل : إن شرطت عليه أن يطلق ضررتها ، لم
يصح الشرط . ٤٨٥ - ٤٨٨

فصل : إن شرط الخيار فى الصداق خاصة ،
لم يفسد النكاح . ٤٨٩

١١٤٢ - مسألة : (ومن أراد أن يتزوج امرأة ، فله أن ينظر
إليها من غير أن يخلو بها) ٤٨٩ - ٥٠٧

فصل : لا خلاف بين أهل العلم فى إباحة
النظر إلى وجهها . ٤٩٠ ، ٤٩١

فصل : يجوز للرجل أن ينظر من ذوات
محارمه إلى ما يظهر غالبا . ٤٩١ - ٤٩٣

فصل : ذوات محارمه : كل من حرم عليه
نكاحه على التأييد . ٤٩٣ ، ٤٩٤

فصل : أما أم المزنى بها وابنتها ، فلا يحل له

- النظر إلىهن . ٤٩٤
- فصل : عبد المرأة له النظر إلى وجهها وكفيها . ٤٩٤ ، ٤٩٥
- فصل : أما الغلام ، فما دام طفلا غير مميز ، لا يجب الاستتار منه في شيء . وإن عقل ، ففيه روايتان ؛ ... ٤٩٦
- فصل : مباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج . ٤٩٦ ، ٤٩٧
- فصل : يباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها . ٤٩٧ ، ٤٩٨
- فصل : في من يباح له النظر من الأجانب ... ٤٩٨
- فصل : أما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب ، فإنه محرم إلى جميعها . ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : العجوز التي لا يُشتهي مثلها ، لا بأس بالنظر إلى ما يظهر منها غالبا . ٥٠٠
- فصل : الأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر غالبا . ٥٠١
- فصل : أما الطفلة التي لا تصلح للنكاح ، فلا بأس بالنظر إليها . ٥٠١ - ٥٠٣
- فصل : من ذهبت شهوته من الرجال ، ... حكمه حكم ذى المحرم في النظر . ٥٠٣ ، ٥٠٤
- فصل : أما الرجل مع الرجل ، فلكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة . وفي أحدها روايتان ؛ ... ٥٠٤ ، ٥٠٥
- فصل : حكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع

٥٠٦، ٥٠٥

الرجل سواء .

فصل: أما نظر المرأة إلى الرجل ، ففيه

٥٠٧، ٥٠٦

روايتان ؛ ...

١١٤٣ - مسألة: (وإذا زوج أمته ، وشرط عليه أن تكون

عندهم بالنهار ، ويبحث بها إليه بالليل ،

فالعقد والشرط جائزان ، وعلى الزوج

٥١٣ - ٥٠٨

النفقة مدة مقامها عنده)

فصل: إن زوجها من غير شرط ... الحكم

فيه كما لو شرط ، وله استخدامها

نهارا ، وعليه إرسالها ليلا للاستمتاع

٥٠٩، ٥٠٨

بها .

فصل: إن أراد الزوج السفر بها ، لم يملك

٥٠٩

ذلك .

فصل: يستحب لمن أراد التزوج ، أن يختار

٥١٢ - ٥٠٩

ذات الدين .

باب ما يحرم نكاحه ، والجمع بينه ، وغير ذلك

١١٤٤ - مسألة: (والمحرمات نكاحهن بالأنساب :

الأمهات ، والبنات ، والأخوات ،

والعمات ، والخاللات ، وبنات الأخ ،

وبنات الأخت . والمحرمات بالأسباب :

الأمهات المرضعات ، والأخوات من

الرضاعة ، وأمهات النساء ، وبنات النساء

اللاتي دخل بهن ، وحلائل الأبناء ،

٥١٩ - ٥١٤

وزوجات الأب ، والجمع بين الأختين)

٥٢٠، ٥١٩

١١٤٥ - مسألة: (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

- ١١٤٦ - مسألة: (ولبن الفحل محرم) ٥٢٠ - ٥٢٢
- ١١٤٧ - مسألة: (والجمع بين المرأة وعمتها ، وبينها وبين خالتها) ٥٢٢ - ٥٢٤
- فصل : لا يحرم الجمع بين ابنتي العم ، وابنتي الخال . ٥٢٤
- ١١٤٨ - مسألة: (وإذا عقد على المرأة ، ولم يدخل بها ، فقد حرمت على ابنه وأبيه ، وحرمت عليه أمها ، والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب ، وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن) ٥٢٤ ، ٥٢٥
- ١١٤٩ - مسألة: (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع ، فبناتهن في التحريم كلهن ، إلا بنات العمات والخالات ، وبنات من نكحن الآباء والأبناء ، فإنهن محلات ، وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها) ٥٢٥ ، ٥٢٦
- ١١٥٠ - مسألة: (ووطء الحرام محرم كما يحرم ووطء الحلال والشبهة) ٥٢٦ - ٥٣٣
- فصل : الوطء على ثلاثة أضرب ؛ ... ٥٢٧ ، ٥٢٨
- فصل : لا فرق فيما ذكرنا بين الزنى في القبل والدبر . ٥٢٨ ، ٥٢٩
- فصل : يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنى ، وأخته ، وبنت ابنه ، وبنت بنته ، وبنت أخيه ، وأخته من الزنى . ٥٢٩ ، ٥٣٠
- فصل : ووطء الميتة يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، ينشر الحرمة ، ... والثاني ، لا ينشرها . ٥٣٠
- فصل : أما المباشرة فيما دون الفرج ، فإن

كانت لغير شهوة ، لم تنشر
الحرمة ... وإن كانت لشهوة ،
وكانت في أجنبية ، لم تنشر الحرمة
أيضا .

٥٣٢ ، ٥٣١

فصل : من نظر إلى فرج امرأة بشهوة ، فهو
كلمسها لشهوة ، فيه أيضا
روايتان ؛ ...

٥٣٣ ، ٥٣٢

فصل : إن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة
فحكمه في التحريم حكم نظره إليها . ٥٣٣
فصل : أما الخلوة بالمرأة ، فالصحيح أنها لا
تنشر حرمة . ٥٣٣

١١٥١ - مسألة : (وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع ، في

عقد واحد ، فسد . وإن تزوجهما في
عقدين ، فالأولى زوجته ، والقول فيهما

٥٣٦ - ٥٣٤

القول في المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها)
فصل : إن تزوجهما في عقدين ، ولم يدر
أولاهما ، فعليه فرقتهما معا . ٥٣٥ ، ٥٣٤

فصل : أما المهر ، فإن لم يدخل بواحدة
منهما ، فلا أحدهما نصف المهر ، ... ٥٣٥

فصل : قال أحمد : إذا تزوج امرأة ، ثم تزوج
أختها ، ودخل بها ، اعتزل زوجته
حتى تنقضي عدة الثانية . ٥٣٦ ، ٥٣٥

١١٥٢ - مسألة : (وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في

٥٣٧ ، ٥٣٦

عقد واحد ، ثبت نكاح الأجنبية)
فصل : لو تزوج يهودية ومجوسية ، أو محللة
ومحرمة ، في عقد واحد ، فسد في

المجوسية والمحرمة ، وفي الأخرى

٥٣٧

وجهان .

١١٥٣ - مسألة : (وإذا اشترى أختين ، فأصاب إحداهما ، لم

يصب الأخرى حتى تحرم الأولى بيع أو

نكاح أو هبة ، وما أشبهه ، ويعلم أنها

ليست بحامل ، فإن عادت إلى ملكه ، لم

يصب واحدة منهما ، حتى تحرم عليه

٥٣٧ - ٥٤٢

(الأولى)

الكلام في هذه المسألة في فصول ستة :

الفصل الأول : يجوز الجمع بين الأختين في

٥٣٧

الملك .

الفصل الثاني : لا يجوز الجمع بين الأختين

٥٣٧ ، ٥٣٨

من إمامته في الوطء .

الفصل الثالث : إذا كان في ملكه أختان ، فله

٥٣٨

وطء إحداهما .

الفصل الرابع : إذا وطئ إحداهما ، فليس له

وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على

٥٣٩

نفسه ، بإخراج عن ملكه أو تزويج .

الفصل الخامس : إذا أخرجها من ملكه ، لم

تحل له أختها ، حتى يستبرئ

المُخرجة ، ويعلم ببراءتها من

٥٣٩

الحمل .

فصل : إن وطئ أمتيه الأختين معا ، فوطء

٥٣٩ ، ٥٤٠

الثانية محرم ، ولا حد فيه .

الفصل السادس : متى زال ملكه عن الموطوءة

زوالا أحل له أختها ، فوطئها ، ثم

عادت الأولى إلى ملكه ، فليس له

وطء إحداهما حتى تحرم الأخرى . ٥٤٠ ، ٥٤١
فصل : حكم المباشرة من الإمام فيما دون
الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة ،
فيما يرجع إلى تحريم الأخت ،
كحكمه في تحريم الربيبة ، والصحيح
أنه لا يحرم . ٥٤١

فصل : إن وطئ أمته ، ثم أراد نكاح
أختها ، ... لا يجمع بين الأختين
الأمتين . ٥٤١ ، ٥٤٢

فصل : إن زوج الأمة الموطوءة ، أو أخرجها
عن ملكه ، فله نكاح أختها . وإن
عادت الأمة إلى ملكه ، فالزوجة
بجالتها . ٥٤٢

١١٥٤ - مسألة : (وعمة الأمة وخالتها في ذلك كأختها) ٥٤٢

١١٥٥ - مسألة : (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة
رجل وابنته من غيرها) ٥٤٣ ، ٥٤٤

فصل : لو كان للرجل ابن من غير زوجته ،
ولها بنت من غيره ، أو كان له بنت
ولها ابن ، جاز تزويج أحدهما من
الآخر . ٥٤٣

فصل : إن تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها
على أبيه ولا ابنه ، فمتى تزوج امرأة
وزوج ابنه أمها ، جاز . ٥٤٣ ، ٥٤٤

فصل : إذا تزوج رجل بامرأة ، وزوج ابنه
بنتها أو أمها ، فزفت امرأة كل واحد
منهما إلى صاحبه ، فوطئها ، فإن
وطء الأول يوجب عليه مهر مثلها . ٥٤٤

١١٥٦- مسألة: (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائهم

٥٤٨ - ٥٤٥

حلال للمسلمين)

فصل: أهل الكتاب الذين هذا حكمهم ،

٥٤٧ ، ٥٤٦

هم أهل التوراة والإنجيل .

فصل: ليس للمجوس كتاب ، ولا تحل

٥٤٨ ، ٥٤٧

ذبائهم ، ولا نكاح نسائهم .

٥٤٨

فصل: سائر الكفار غير أهل الكتاب .

١١٥٧- مسألة: (وإذا كان أحد أبوى الكافرة كتابيا ،

٥٤٩

والآخر وثنيا ، لم ينكحها مسلم)

١١٥٨- مسألة: (وإذا تزوج كتابية ، فانتقلت إلى دين آخر

من الكفر غير دين أهل الكتاب ، أجبرت

على الإسلام ، فإن لم تسلم حتى انقضت

٥٥٢ - ٥٤٩

عدتها ، انفسخ نكاحها)

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

الأول : أن الكتابي إذا انتقل إلى غير دين أهل

٥٥٠

الكتاب ، لم يقر عليه .

الفصل الثاني : أن المنتقل إلى غير دين أهل

٥٥١ ، ٥٥٠

الكتاب ، لا يقبل منه إلا الإسلام .

الفصل الثالث : في صفة إجباره على ترك ما

٥٥١

انتقل إليه . وفيه روايتان ؛ ...

الفصل الرابع : أن امرأة المسلم الذمية ، إذا

انتقلت إلى دين غير دين أهل

٥٥٢

الكتاب ، فهي كالمرتدة .

١١٥٩- مسألة: (وأمتة الكتابية حلال له ، دون أمتة

٥٥٤ - ٥٥٢

المجوسية)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

- أحدهما : أن أمته الكتابية حلال له . ٥٥٢
- الفصل الثاني : أن من حُرِّم نكاح حرائرهم
من المجوسيات ، وسائر الكوافر
سوى أهل الكتاب ، لا يباح وطء
الإماء منهن بملك العيين . ٥٥٢ - ٥٥٤
- ١١٦٠ - مسألة : (وليس للمسلم وإن كان عبدا أن يتزوج أمة
كتابية) ٥٥٤ ، ٥٥٥
- ١١٦١ - مسألة : (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة ، إلا
أن لا يجد طولاً بجرة مسلمة ، ويخاف
العنت) ٥٥٥ - ٥٥٨
- فصل : إن قدر على تزويج كتابية تعفه ، أو
ثمن أمة ، لم يحل له نكاح الأمة . ٥٥٦ ، ٥٥٧
- فصل : من كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف
بها ، لم يجز له نكاح أمة . ٥٥٧
- فصل : إن لم يجد طولاً ، لكن وجد من
يقرضه ذلك ، لم يلزمه . ٥٥٧ ، ٥٥٨
- فصل : إن كان في يده مال ، فذكر أنه
معسر ، وأن المال لغيره . فالقول
قوله . ٥٥٨
- ١١٦٢ - مسألة : (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان ؛ عدم
الطول ، وخوف العنت ، ثم أيسر ، لم
ينفسخ النكاح) ٥٥٨ ، ٥٥٩
- فصل : إن تزوج على الأمة حرة ، صح . وفي
بطلان نكاح الأمة روايتان ؛ ... ٥٥٩
- ١١٦٣ - مسألة : (وله أن ينكح من الإماء أربعا ، إذا كان
الشرطان فيه قائمين)
- ٥٥٩ - ٥٦٦
- فصل : للعبد أن ينكح الأمة ، وإن فقد فيه
الشرطان . ٥٦٠ ، ٥٦١

- فصل : إذا زنت المرأة ، لم يحل لمن يعلم ذلك
 ٥٦٤ - ٥٦١ نكاحها إلا بشرطين ؛ ...
- فصل : إذا وُجد الشرطان حل نكاحها للزاني
 ٥٦٥ ، ٥٦٤ وغيره .
- فصل : إن زنت امرأة رجل ، أو زنى
 ٥٦٦ ، ٥٦٥ زوجها ، لم يفسخ النكاح .
- فصل : إذا علم الرجل من جاريته الفجور ،
 فقال أحمد : لا يطؤها ؛ لعلها تلحق
 ٥٦٦ به ولدا ليس منه .
- ١١٦٤ - مسألة : (ومن خطب امرأة ، فلم تسكن إليه ،
 ٥٧٢ - ٥٦٧ فلغيره خطبتها)
- فصل : التعويل في الرد والإجابة على الولي إن
 كانت مجبرة ، وعليها إن لم تكن
 ٥٧٠ ، ٥٦٩ مجبرة .
- فصل : خطبة الرجل على خطبة أخيه في
 ٥٧٠ موضع النهي محرمة .
- فصل : لا يكره للولي الرجوع عن الإجابة ،
 ٥٧١ إذا رأى المصلحة لها في ذلك .
- فصل : إن كان الخاطب الأول ذميا ، لم تحرم
 ٥٧٢ ، ٥٧١ الخطبة على خطبته .
- ١١٦٥ - مسألة : (ولو عرّض لها وهي في العدة ، بأن يقول :
 إني في مثلك لراغب . وإن قضى شيء
 كان . وما أشبهه من الكلام ، مما يدها على
 ٥٧٨ - ٥٧٢ رغبته فيها ، فلا بأس إذا لم يصرح)
- فصل : إن صرح بالخطبة ، أو عرض في موضع
 تحريم التعريض ، ثم تزوجها بعد حلها ،

- ٥٧٤ صح نكاحه .
- ٥٧٤ فصل : ويحرم على العبد نكاح سيده .
- ٥٧٥ فصل : ليس للسيد أن يتزوج أمته .
- ٥٧٥ فصل : لا يجوز للحر أن يتزوج أمة ابنه .
- ٥٧٦ ، ٥٧٥ فصل : للابن نكاح أمة أبيه .
- فصل : إذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه ،
فانفسخ نكاحها ، فليس ذلك
بطلاق ، فمتى أعتقته ، ثم تزوجها ،
لم تحتسب عليه بتطليقة . ٥٧٦
- ٥٧٦ - ٥٧٨ فصل : لا يجوز للرجل وطء جارية ابنه .
- فصل : إن وطئ الابن جارية أبيه ، عالماً
بتحريم ذلك ، فعليه الحد ، ولا
يلحقه النسب ، ولا تصير به الجارية
أم ولد . ٥٧٨
- فصل : إن وطئ الأب وابنه جارية الابن في
طهر واحد ، فأنت بولد أرى
القافة ، فألحق بمن ألحقته به
منهما ، ... ٥٧٨

آخر الجزء التاسع

ويليه الجزء العاشر ، وأوله :

باب نكاح أهل الشرك

والحمد لله حق حمده